

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO VITOR SILVA SCHMITZ

A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO

FLORIANÓPOLIS
2014

JOÃO VITOR SILVA SCHMITZ

**INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de
graduação em Direito da Universidade Federal de
Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro

Florianópolis

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A iniciativa probatória do juiz no processo penal à luz da Constituição**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **João Vitor Silva Schmitz**, defendido em **25/11/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 25 de Novembro de 2014.



Matheus Felipe de Castro
Professor(a) Orientador(a)



Francisco Bissoli Filho
Membro de Banca

Cláudio Macedo de Souza
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos, acima de tudo, dirigem-se à
minha família.

Aos meus pais, que são a razão da minha existência e
de todo o meu esforço, pela oportunidade que me
propiciaram em construir esse bem infungível que é o
conhecimento. Isso é por vocês.

Aos meus irmãos, pelos exemplos de vida que sempre
foram, são e sempre serão para mim.

À minha namorada, pela figura especial que se tornou na
minha vida e pela alegria que me traz sempre que a
tenho próxima.

Registro também meu eterno agradecimento aos demais
familiares e amigos que de alguma forma contribuíram
para que eu chegasse até aqui.

E ao professor orientador, que sempre se mostrou
disponível e de quem tive o privilégio ser aluno.

*“Poucos são aqueles que vêem com seus próprios
olhos e sentem com seus próprios corações”*

Albert Einstein

RESUMO

O presente trabalho trata dos sistemas processuais penais e, em essência, da iniciativa probatória do juiz no processo penal à luz dos princípios constitucionais processuais. O foco volta-se à investigação da possibilidade ou não de o juiz produzir provas de ofício, ante os princípios constitucionais processuais e à constatação das tendências das modificações legislativas. De um lado, verifica-se que a Constituição elegeu um sistema acusatório, com a gestão da prova nas mãos das partes. Do outro, a praxe forense, a partir de uma análise isolada da legislação ordinária, tem demonstrado que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz tem sido o veículo de um tratamento desigual entre réus (ou indiciados), tornando o processo mais um instrumento da seletividade penal. Nesse contexto, é necessário, primeiro, levantar os argumentos que atualmente sustentam o discurso inquisitório (e, na atual conjuntura, também seletivo) e, segundo, desconstruí-los e contrapô-los aos dispositivos Constituição Federal de 1988, identificando as contradições que eles carregam consigo. Para tanto, torna-se imprescindível colocar em pauta as noções de Estado Constitucional de Direito e de princípio da Supremacia da Constituição, que irão estabelecer a Carta Magna como ponto de partida e de chegada da legislação ordinária.

PALAVRAS-CHAVE: Iniciativa probatória; juiz; Constituição; sistema acusatório.

ABSTRACT

This work look after of the criminal procedural systems and, in essence, the probative initiative of the judge in the criminal proceedings at light of procedural constitutional principles. First of all, it will investigate if is possible or not the probative initiative of the judge, faced with the procedural constitutional principles. After that, the trends of legislative changes will be observed. On the one hand, it appears that the Constitution elected an adversarial system, with evidence of management in the hands of the parties. On the other, the practice judge, from an isolated analysis of ordinary legislation, has shown that the allocation of powers to the judge instructive has been the vehicle of unequal treatment of defendants (or charged), making the process one more selectivity instrument criminal. In this context, it must first raise the arguments currently support the inquisitorial discourse (and, at this juncture, also selective), and second, deconstruct them and to align them to the 1988 Federal Constitution devices, identifying the contradictions they carry with them. Therefore, it is essential to put on the agenda the State Constitutional notions of law and the principle of supremacy of the Constitution, which shall include the Magna Carta as a starting point and arrival of ordinary legislation.

KEY-WORDS: Probative initiative; judge; Constitution; adversarial system.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	13
1.1 BREVE ASPECTO HISTÓRICO	14
1.2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO: CARACTERÍSTICAS E FUNDAMENTOS	20
1.3 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO: DEMARCAÇÃO HISTÓRICA E A ABERTURA DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA PARA A PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO PELO JUIZ	26
1.4 O RECONHECIMENTO DO PROCESSO INQUISITÓRIO PELA DOUTRINA E A FALÁCIA DO SISTEMA MISTO	32
1.5 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO PELO JUIZ	37
2 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: A (IM)POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO PELO JUIZ.....	41
2.1 OS ARGUMENTOS CONTRA E A FAVOR DA (IM)POSSIBILIDADE DO JUIZ PRODUZIR PROVAS DE OFÍCIO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL	41
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL: A ESTRUTURA DE UM SISTEMA ACUSATÓRIO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	45
2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SOB A PERSPECTIVAS DE UM ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO	60
3 REVISITA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL: O LIMITE DA INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ E AS PERSPECTIVAS DE MUDANÇA	66
3.1 PROCESSO PENAL: A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO, AS IMPLICAÇÕES NORMATIVAS E A SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO INQUISITIVO	66
3.2 INICIATIVA PROBATÓRIA: IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS.....	70
3.3 AS PROJEÇÕES DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	75
CONCLUSÃO.....	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata dos sistemas processuais penais e, em essência, da iniciativa probatória do juiz no processo penal à luz dos princípios constitucionais processuais.

Pretende-se analisar o papel desempenhado pelo magistrado na instrução probatória criminal, tanto na fase pré-processual como processual. O foco volta-se à investigação da possibilidade ou não de o juiz produzir provas de ofício, ante os princípios constitucionais processuais e, paralelamente a isso, a constatação das tendências de um Novo Código de Processo Penal.

Num primeiro momento, a análise conjunta dos princípios constitucionais do processo penal permite observar que a Carta Magna elegeu o sistema acusatório que, em tese, reclama pela gestão das provas nas mãos das partes. A partir disso e dos anseios pela construção de uma democracia substancial, vai-se exigir do legislador uma adequação da legislação ordinária em face da realidade constitucional.

Não obstante esse quadro, a praxe forense, a partir de uma análise isolada da legislação infraconstitucional, tem demonstrado que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz tem sido o veículo de um tratamento desigual entre réus (ou indiciados), tornando o processo mais um instrumento da seletividade penal. A desigualdade sócio-econômica da sociedade brasileira parece reproduzir-se, em outros moldes, também no processo: a concentração de renda do país, ao que tudo indica, deságua numa “concentração” das garantias constitucionais, que aparecem, nesse cenário, como privilégios de uma diminuta e seleta parcela da sociedade que se submete ao sistema penal.

Assim, justifica-se o presente trabalho na medida em que se pretende, primeiro, trazer à tona o argumentos que atualmente sustentam o discurso inquisitório (e, na atual conjuntura, também seletivo) e, segundo, desconstruí-los e contrapô-los aos dispositivos Constituição Federal de 1988, identificando as contradições que eles carregam consigo.

Essa abordagem, necessariamente, será feita a partir das noções de Estado Constitucional de Direito e de princípio da Supremacia da Constituição, que irão

estabelecer a Carta Magna como ponto de partida e de chegada da legislação ordinária.

O método de abordagem a ser utilizado, no primeiro momento, será o histórico-evolutivo, que colocará em evidência o desenvolvimento dos sistemas processuais penais ao longo do tempo. Em seguida, será realizada uma análise descritiva dos entendimentos encontrados na jurisprudência e na doutrina acerca do tema. E, por último, para o estudo das implicações normativas e processuais e as perspectivas de um Novo Código de Processo Penal, utilizar-se-á o método dedutivo.

Nessa perspectiva, trabalho será elaborado por meio da técnica de documentação indireta, que envolverá a pesquisa bibliográfica e pesquisa documental.

Em relação ao desenvolvimento do tema, na primeira seção, trar-se-ão características que ao longo do tempo os sistemas processuais penais apresentaram, destacando o critério de gestão de prova adotado e o modo como ele informou e informa os princípios dispositivo e inquisitivo. Ter-se-á como enfoque as formações embrionárias dos sistemas processuais e o levantamento de suas principais características e, após, as características que se fizeram presentes nos primeiros sistemas processuais propriamente ditos desenvolvidos pelo *common law* inglês e pela inquisição da Igreja Católica.

Nessa breve retomada histórica, também será identificado o discurso paradoxal que se encontra na modernidade, sentido ao fim da Revolução Francesa com a consequente consolidação dos interesses da classe burguesa na política dos Estados.

A partir dessas noções introdutórias, o Código de Processo Penal Brasileiro passará a ser situado historicamente, justamente com o fim de revelar sua verdadeira feição. Datado de 1941, será ele inserido na lógica que vigorava no Estado Novo: um Estado forte que centralizava o poder nas mãos do Executivo. Para isso, além de buscar identificar as ideias que margeavam o pensamento do idealizador do Código de Processo Penal, Francisco Campos, far-se-á uma análise detida da Exposição de Motivos do Decreto-Lei n. 3.689/41 (Código de Processo Penal), que vem abarcar o caráter autoritário do regime político vigente.

Após essa contextualização, passar-se-á à análise efetiva dos dispositivos da legislação ordinária (Código de Processo Penal, Lei 11.343/06 e Lei 9.296/96), a fim de verificar em que medida amparam a possibilidade de o juiz produzir provas de ofício. Desse modo, procura-se demonstrar que o sistema preconizado pelo ordenamento infraconstitucional, em sua essência, é inquisitório e que, definitivamente, aparece em contradição com os princípios (implícitos e explícitos) consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Construído todo esse quadro, é que então será feita uma análise mais detida das interpretações doutrinárias, o que permitirá identificar a forma como essa contradição é encarada no meio acadêmico e como se sustenta a falácia do discurso que propaga a existência de um “sistema” misto, que serve, em última instância, na atual conjuntura, apenas para legitimar uma prática inquisitória.

Sob esse mesmo enfoque também será feita a análise da jurisprudência local e nacional por meio de fragmentos de precedentes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Na segunda seção, superando a superficialidade com que se encara essa matéria no meio acadêmico, serão colocados como foco central os argumentos das correntes interpretativas contra e a favor da produção de prova de ofício pelo julgador. Nesse ponto, desconstrói-se o mito da verdade real e situa-se o processo como um local propício ao contraditório, onde a verdade passa a ser contingencial.

Em seguida, será feita uma análise dos princípios constitucionais processuais e sua conformação com o princípio acusatório, para então, depois, situar um campo paradigmático que possua um real compromisso com a efetivação dos princípios constitucionais, qual seja: a noção de Estado Constitucional de Direito, advinda do *garantismo*; e, enfim, sob a perspectiva da supremacia da Constituição, uma análise entre vigência e validade e a (des)conformidade material das normas que atribuem poderes instrutórios ao juiz.

Por derradeiro, na terceira seção, após compilação dos entendimentos que se adotam na jurisprudência e na doutrina brasileira, buscar-se-á determinar, primeiro, sob um enfoque de supremacia da Constituição, as consequências normativas advindas da contradição entre as disposições constitucionais e a legislação ordinária. Em outras palavras, qual a consequência da norma materialmente contrária à Constituição no plano legal.

E, num segundo momento, chegar-se-á à análise das consequências processuais que: no plano teórico, torna-se evidente a partir da noção clássica de relação processual triangular que é compartilhada pela maioria da doutrina; e, no plano prático, revela-se no momento em que a prova é admitida e passa a fazer partes dos autos de um processo, com a abertura para o debate das teorias da ilicitude da prova.

Diante disso, passa-se a verificar quais perspectivas de mudança para um novo Código de Processo Penal, incorporado no Projeto de Lei do Senado 156/2009. Em especial, ganha destaque o reforço do contraditório e da ampla defesa e a instituição do juiz das garantias na fase pré-processual; e a redefinição dos papéis dos sujeitos processuais na fase processual.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Num primeiro passo da pesquisa, imprescindível estipular como primeiro marco teórico o conceito de sistema jurídico-processual, assim entendido como “o conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade” (COUTINHO, 2000, p. 3).

A partir dele, é possível verificar que os sistemas processuais penais, ao longo do tempo, apresentaram dois diferentes núcleos principiológicos, a saber: o princípio inquisitivo e o dispositivo. Enquanto aquele prevaleceu nos sistemas chamados inquisitórios, este teve preponderância na construção dos chamados sistemas acusatórios (COUTINHO, 2000, p. 3).

Sob uma análise histórica, assim, verifica-se que, na Idade Antiga, formaram-se apenas formas embrionárias desses sistemas. A origem de suas feições ditas “puras” (acusatório ou inquisitório), em verdade, remontam o período compreendido entre o final do século XII e o século XIII.

Nesse sentido, segundo Coutinho (2009, p. 103):

Ora, tem-se presente que os sistemas – ditos puros – nasceram, na forma como os conhecemos, no início do século XIII, embora outros tenham existido, inclusive com tais nomes, antes, por exemplo, entre os romanos. Esses, porém, só para alusões secundárias têm alguma importância naquilo que aqui interessa, ou seja, a investigação dos modelos atuais, precisos e datados, inclusive para não se permitir maior confusão.

Assim, no século XIII, momento de ascensão dos burgos, desenhou-se na Europa ocidental, de forma concomitante, dois sistemas processuais diversos: de um lado, o Sistema Inquisitório arquitetado pela Igreja Católica como forma de manter, para além dos feudos, seu poder nas cidades medievais em formação (burgos); do outro, a construção do Sistema Acusatório, encontrado na Inglaterra, no Reinado de Henrique II, em que, com a união dos feudos e a centralização do poder na figura do Rei – monopólio do poder de punir -, desenvolveu-se um arcabouço jurídico de efetiva participação das partes (*Trial by Jury*) (COUTINHO, 2009, p. 106).

A partir dessa noção é que se faz uma análise histórica dos sistemas processuais penais, perpassando, primeiramente, por aquilo que se vislumbrou na Idade Antiga como formas embrionárias, para depois, efetivamente, realizar uma retomada histórica daquilo que se pode afirmar ser a origem dos sistemas

processuais de essência inquisitória (Inquisição) e de essência acusatória (Inglaterra) e identificar o discurso paradoxal da modernidade.

Com tudo isso, poderá se destacar as principais características dos sistemas processuais penais e seus fundamentos, para, enfim, situar historicamente o Código de Processo Penal vigente e analisar a posição da doutrina e da jurisprudência acerca do tema.

1.1 BREVE ASPECTO HISTÓRICO

Como uma das primeiras civilizações de que se tem notícia, o Egito foi uma das primeiras a organizar um método de resolução de conflitos. O exercício de dizer o direito estava eminentemente sob o comando dos Sacerdotes, que fundaram, dessa forma, um dos primeiros sistemas processuais de cunho eminentemente inquisitório. A imposição de penas em resposta a um ilícito penal ficava subordinada ao arbítrio dos líderes religiosos (PRADO, 1999, p. 76).

Nesse mesmo período, a forma de avaliação de prova possuía cunho eminentemente religioso. Os próprios dogmas criados na crença de um “Ente Superior” ofereciam as respostas à transgressão da norma. A ideia básica era de que um Ser sobrenatural, um “Deus”, por meio de seus representantes humanos, intervinha nas relações humanas para demonstrar quem tinha razão (HARTMANN, 2003, ps. 110 e 111).

Por essa característica, “muitos autores concordam que esta fase religiosa é a primeira forma de análise de provas que surge na história da humanidade, ainda que para alguns não se configure como um verdadeiro sistema de avaliação da prova, mas sim meio de prova” (HARTMANN, 2003, p. 110).

Outra civilização, na história ocidental, também, ganha relevância na organização de seu sistema processual: a Grécia Antiga. Arraigou-se com maior força, em sua cultura jurídica, o princípio dispositivo. Entretanto, apesar de uma participação dos sujeitos processuais na resolução dos conflitos, pode-se dizer que o sistema processual penal grego representou uma forma embrionária de sistema acusatório (SOUZA, 2005, p. 117).

Em relação à avaliação da prova, ainda persistia sua valorização com base no arbítrio do julgador, baseado na avocação de juízos de “Deuses” (SOUZA, 2005, p. 117).

De modo global, as principais características do modelo processual grego, conforme Prado (1999, p. 80), são:

Tribunal popular, conforme o princípio da soberania do povo;
Acusação popular, por uma faculdade deferida a qualquer cidadão para apresentar demanda contra quem se supunha autor ou partícipe de um delito público;
Igualdade entre acusador e acusado [...]
Publicidade e oralidade do juízo, que se resumia a um debate contraditório entre acusador e acusado, frente ao tribunal e na presença do povo;
Admissão da tortura e dos juízos de Deus como meios de realização probatória;
Valoração da prova segundo a íntima convicção de cada juiz; [...]
Decisão judicial irrecorrível

Tais características evidenciam a opção dos gregos por um processo mais democrático, no qual a atuação do julgador permanecia em constante observação (fiscalização). Segundo Lopes Júnior (2012, p. 117):

A origem do sistema acusatório remonta ao Direito grego, o qual se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito Civil.

Também na Antiguidade, merece destaque a organização do sistema processual de Roma. Desenvolveu-se, em tempos de República, a *accusatio*. Essa diretriz impunha a necessidade de uma prévia acusação, cuja iniciativa era precipuamente da vítima, para que um indivíduo fosse levado a juízo (SOUZA, 2005, p. 118).

Dessa forma, observa-se que a estrutura rudimentar do Estado deixava nas mãos dos cidadãos romanos a iniciativa da ação penal. Não havia distinção entre crimes cuja persecução era de interesse público ou cuja persecução era de interesse privado. Entretanto, isso não retirava o procedimento contraditório que predominava após a denúncia e sua natureza acusatória (ARMBORST, 2008, p. 4).

Posteriormente, com difusão dos interesses imperialistas, o direito processual romano passou a se basear na *cognitio*. Tinha como principal característica o amplo poder atribuído aos magistrados para a persecução penal e a instrução probatória. Por isso, afirma-se que tal sistema assumiu um caráter essencialmente inquisitório. (SOUZA, 2005, pg. 118).

Assim:

À medida que a fonte de soberania se deslocou para o Imperador, o sistema acusatório foi se mostrando insuficiente para as novas necessidades de coibição de delitos, além de ocasionar, com frequência, os inconvenientes de uma persecução penal inspirada por ânimos de vingança. (ARMBORST, 2008, pg. 4)

Com a formação do Império Romano, entraram em cena os chamados *curiosi* ou *nunciatores*. Funcionavam tal como investigadores subsidiários. Na omissão dos cidadãos em informar a ocorrência de determinado crime, eles o faziam aos magistrados (SOUZA, 2005, pg. 118).

Nesse mesmo período, os julgadores foram incumbidos da iniciativa da acusação. Confundiram-se em uma só pessoa as funções de acusar e julgar; característica tipicamente inquisitória e que não pode ser tido como resultado do acaso: servia bem à manutenção da estrutura do império (SOUZA, 2005, pg. 118).

Em que pesem as constatações históricas que se tem notícia da Idade Antiga, foi na idade Média, e em especial nos séculos XII e XIII, em que se desenvolveram os sistemas processuais penais conhecidos como “puros”.

Na Inglaterra, de onde se vai originar um sistema de caráter marcadamente acusatório, a formação de um sistema jurídico propriamente dito se deveu a unificação dos feudos a um poder central, na figura do Rei Henrique II. Assim,

[...] o Sistema Acusatório nasce na Inglaterra após a invasão normanda levada a efeito por Guilherme, o Conquistador. Na realidade, a construção do novo sistema processual se dá sob o reinado de Henrique II, talvez o mais importante dos reis ingleses para o Direito. Plantageneta, Henrique II governou de 1154 a 1189. Ajudou a implantar o sistema feudal na Grã Bretanha porque interessava aos normandos a centralização do poder. Assim, colocando-se no lugar de senhor de todos os feudos, transformou os suseranos em grandes vassalos. Sua luta foi destinada à unificação da Grã Bretanha, o que conseguiu a partir de 1171, quando avançou sobre a Irlanda. (COUTINHO, 2009, p. 106)

Com a unificação, Henrique II impede a criação e manutenção de exércitos feudais e monopoliza a força na sua figura, na figura do Rei. Da mesma forma, luta contra os juízos de Deus, que se ainda fazia sentir pela cultura nórdica (COUTINHO, 2009, p. 106).

Diante disso, a resolução de conflitos passava a ser domínio do Rei, que provocado por petições e representado pela figura do “Lord Chanceler”, ordenava por escrito (*writ*) que as autoridades locais (*sheriff*) tomassem uma entre duas atitudes possíveis: ou ordenar o reclamado para oferecer satisfação ao peticionante

ou que se fizesse presente para apresentar esclarecimentos perante a autoridade (COUTINHO, 2009, p. 106).

Nesse quadro, passou a haver um sobrecarregamento da jurisdição real, em razão da concentração das demandas. Contudo, a partir disso, visando a dar vazão a elas, foi que o Rei Henrique II incrementou ao ordenamento jurídico inglês o *Trial by Jury* e ofereceu a feição acusatória ao sistema inglês. Segundo Coutinho (2009, p. 106):

Foi daí que Henrique II deu, quem sabe, o grande passo à construção de um modelo singular. Por um novo *writ*, dito *novel disseisin*, instituiu para Clarendon, em 1166, um *Trial by Jury*. Por ele, um *Grand Jury*, composto por 23 cidadãos (*boni homines*) *indctment* um acusado e, se admitida a acusação, seria ele julgado por um *Pretty Jury*, composto por 12 membros. Nele, o *Jury* dizia o direito material, ao passo que as regras processuais era ditadas pelo rei. O representante real, porém, não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim, o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa.

Dessa forma, o sistema inglês foi desenvolvido a partir de uma ideia efetiva de participação das partes e de “publicização” dos julgamentos. Assim:

[...] a regra era a liberdade, sendo certo que o acusado era responsável pelas explicações que deveria dar. Por sinal, não se produziam provas no início: o *Jury* era a prova. [...]
O julgamento, nesta dimensão, dava-se, normalmente, em locais públicos e, do ponto de vista político, foi uma opção e manobra genial de Henrique II. Afinal, se o povo condenasse, era a resposta do rei; se o povo absolvesse, era a resposta do rei e, assim, estava ele sempre do lado aparentemente correto. (COUTINHO, 2009, p. 106)

Nesse contexto, importa observar que o sistema inglês (*Commom Law*) destacou o real papel dialético das partes, atribuindo uma paridade de condições entre acusador e acusado na resolução dos conflitos. O juiz decidia com base apenas nas provas que eram trazidas ao processo, sem que tomasse a iniciativa de ir à cata delas (COUTINHO, 2009, p. 107).

Inobstante esse caráter acusatório peculiar ao sistema processual inglês (um legado aos países de tradição do *Common Law*), foi também na Idade Média que a cultura inquisitorial mais se fez presente.

A queda do Império Romano e a formação de feudos haviam fornecido o campo propício para o fortalecimento da jurisdição da Igreja Católica, apoiada num corpo culto e organizado de integrantes fiéis. O direito ocidental, novamente, em grande parte, percebeu-se envolto com a moral e a religião (SOUZA, 2005, p. 118).

A Igreja “pregava o crime como pecado e a sua punição como meio para a salvação da alma. Como consequência, as ofensas religiosas também foram consideradas crimes” (SOUZA, 2005, p. 118).

As incertezas e inseguranças da sociedade medieval, em razão da desconstituição do Império Romano com as invasões bárbaras, se converteram em maior fé e construções de dogmas. Os pecados feitos em terra apenas podiam ser perdoados por uma Autoridade Divina. Os eclesiásticos, como representantes Daquela, incumbiram-se de perseguir os “pecadores” (SOUZA, 2005, p. 118).

Para tanto, “o procedimento escrito representava uma forma de exacerbar o segredo dos julgamentos, vez que poucas pessoas sabiam ler” (SOUZA, 2005, p. 119). A tortura era admitida como meio de obtenção da prova de confissão. O réu era tratado tal como um objeto, de onde certamente deveria provir a verdade sobre os fatos. Em consequência disso, era comum a prisão durante a fase de instrução, pois assim o julgador mantinha em seu poder o objeto dono da verdade, podendo “manuseá-lo” de acordo com sua vontade. O juiz-inquisidor passa a ter total liberdade na persecução penal, bem como na realização das provas. Estas, por sua vez, tinham uma valoração tarifada, com uma hierarquia pré-definida, com a confissão sendo a “rainha das provas”. Tudo ocorria longe dos olhos dos cidadãos. Os procedimentos penais eram secretos (KREMER; SPRENGER, 2007, ps. 1-82; LOPES JÚNIOR, 2012, p. 121; SOUZA, 2005, pg. 119).

Segundo Lopes Júnior (2012, p. 126):

Tendo em vista a importância da confissão, o interrogatório era visto como um ato essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o ‘direito’ a que somente se praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado ‘suficientemente’ torturado e era liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas.

A Igreja, portanto, num contexto propício (fome e invasões bárbaras), disseminava seus dogmas e, concomitantemente, angariava poder político, econômico e territorial. Assim, a Inquisição cumpria seu papel: tornava indiscutível o poder da instituição canônica (SOUZA, 2005, p. 119).

Dessa forma:

No transcurso do século XIII foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, para reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. [...]

Para compreender a inquisição, é necessário situá-la num espaço-tempo, considerando o comportamento da Igreja. Trata-se de um sistema fundado na intolerância, derivada da 'verdade absoluta' de que 'a humanidade foi criada na Graça de Deus'. (LOPES JÚNIOR, 2012, pg. 123)

O sistema inquisitório, assim, baseou-se no mito da segurança. O acusado, como objeto do processo era dono da verdade. Com a sua confissão e a produção de provas por iniciativa do juiz-inquisidor tinha-se a crença de que era possível alcançar a verdade real, uma reconstrução certa dos fatos pretéritos criminosos. Por essa lógica, para alcançar a verdade absoluta, legitimavam-se os mais espúrios meios de perseguição e de prova (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 124).

Como dito, o sistema inquisitorial desenvolvido pela Igreja vigorou por séculos. Prevalencia-se de seu papel declarado (a defesa da vontade de "Deus"), atingindo sua real função: manter o poder da Igreja. Essa situação veio a ser sentida com maior intensidade na Baixa Idade Média (séc. XIII), momento em que a formação dos burgos começou a sinalizar para o surgimento de uma nova ordem política (COUTINHO, 2009, p. 106; SOUZA, 2005, p. 119).

Notadamente, os procedimentos inquisitivos passaram a ser projetados também como forma de sustentar poderes absolutos. O fortalecimento dos Antigos Regimes teve-os como um dos pilares de sua sustentação. Assim:

Mesmo com a estruturação dos Estado Europeus, durante os séculos XVII e XVIII, e o surgimento do absolutismo, não houve o rompimento com a igreja. Pelo contrário, os reis absolutistas encontraram no sistema inquisitório um modelo ideal de conformação social. (SOUZA, 2005, p. 122)

Chega-se, então, ao fim da Idade Média: marcado pela fome, pelas guerras religiosas e territoriais e pelo alastramento de doenças contagiosas (peste bubônica), também esse momento histórico testemunhou a ascensão de uma nova classe: a burguesia. Classe esta que, mais tarde, veio a encabeçar o movimento Iluminista e a Revolução Francesa de 1789.

O pensamento iluminado representou o resgate à razão e, nesse contexto, ainda que gradualmente, a cisão entre Direito e Religião. O homem, então, volta a ser o centro do universo. O aporte político do iluminismo e sua expressão na Revolução Francesa nada mais representavam que os anseios na revalorização do próprio ser humano (SOUZA, 2005, p. 124).

É nessa euforia antropocêntrica que vieram novamente à tona institutos acusatórios: separação entre acusação e julgador e acusação prévia e formal. Além disso, a prova, em geral, deixou de ser influenciada por aspectos religiosos, bem

como passou a se repudiar a sua tarifação legal (SOUZA, 2005, p. 119-121). O novo liberalismo burguês, por sua axiologia individualista, trouxe à tona a avaliação da prova com base na livre convicção do julgador. Segundo Hartmann (2003, p. 144), com esse critério:

O juiz decidirá única e exclusivamente baseado em sua íntima convicção [...] por isso, não precisa motivar a sua decisão. O juiz não está limitado por qualquer regra prévia de avaliação, ditada pelo legislador. Ele é soberano e livre para formar a sua convicção, da forma que bem entender, sobre os fatos da causa.

Contudo, apesar dos avanços no sentido de alcançar um processo penal democrático, o novo discurso propagado pelo Iluminismo não passou de palavras e, somente, palavras. Alcançado o *status* de classe dominante, o discurso se desvencilhou da prática e, novamente, como outrora, voltaram a persistir práticas inquisitoriais no cotidiano penal.

Assim:

A conclusão é inevitável. O avanço das reformas dos século XIX é tímido face ao que propunham os reformadores do século XVIII: inicialmente, o humanismo reformador foi suprimido em nome de uma cientificidade que propunha a neutralidade absoluta e, posteriormente, por uma guinada ideológica que retomou grande parte dos males da inquisição, ainda que sob outros pressupostos, com a criminologia positivista, cujo mais conhecido expoente foi Lombroso. Portanto, o que surgiu como um autêntico direito de resistência ao autoritarismo estatal acabou por ser transposto para uma lógica de conformação da nascente ordem burguesa, descaracterizando em grande margem o que havia sido proposto [...] (KHALED JR., 2010, p. 76)

Nesse contexto, encontra-se o discurso paradoxal que prevaleceu e prevalece no direito moderno penal: enquanto se proclama a liberdade como direito fundamental de todos, sem qualquer distinção, atribui-se ao processo penal o papel de instrumento de seletividade, camuflado na declaração da retomada do princípio acusatório, contudo, na prática, não levado a efeito (KHALED JR., 2010a, p. 297).

1.2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO: CARACTERÍSTICAS E FUNDAMENTOS

Como visto em um breve corte histórico, percebe-se que, ao longo da história ocidental, os sistemas processuais penais amoldaram-se à formação política-social de cada período e lugar.

Num primeiro momento, é possível notar que o processo inquisitorial ganhou espaço, principalmente, em momentos que uma classe dominante (Igreja, nobreza) impunha sua força para a manutenção de seu poder e influência (KHALED JR., 2010b, p. 76).

Notadamente, esse contexto remonta à estrutura social estratificada da Idade Média e dos Antigos Regimes. Mas não só. De modo geral, mesmo que de forma velada, foi o motivo pelo qual se ressuscitou, de maneira mais expressa, nos governos autocráticos do século XX (KHALED JR., 2010b, p. 76). O caráter inquisitorial do processo penal, portanto, foi “uma característica em comum entre a intolerância da Inquisição, a doutrina de segurança nacional na América Latina dos anos 70 e o anti-semitismo nazista” (KHALED JR., 2010b, p. 70).

O formato inquisitivo, logo, demonstra-se incompatível com uma estrutura democrática de Estado. Em princípio, foi ele formulado com base no mito da segurança, na crença de que as partes do processo não eram capazes de realizar as provas suficientes para a reconstrução do fato delituoso e, conseqüentemente, garantir o combate à criminalidade. Entretanto, facilmente se nota que sistemas dessa natureza não se limitaram a suprir essa deficiência das partes. Funcionaram e funcionam, bem na verdade, como mais uma forma de seleção dentro do sistema penal, pois acabavam por fulminar qualquer garantia daqueles escolhidos pelo sistema como criminoso (ora os hereges, ora os negros, ora os favelados), impingindo à sociedade valores da classe dominante que eram refletidos nas estruturas sociais (Estado, Igreja) e que, hoje, se apresentam em grande parte sob o manto do movimento de tolerância zero da “Lei e Ordem” (KHALED JR., 2010b, p. 70; LOPES JR., 2012, ps. 73-84 e 121).

Assim, o sistema inquisitório, pelo fim a que se propõe, apresenta fundamentos e características singulares. Com ele, “reforça-se a idéia de Estado e diminui-se bruscamente a noção de indivíduo. O investigado passa a ser considerado como mero objeto de investigação” (SOUZA, 2005, p. 121). Dessa perspectiva originam-se outras duas características determinantes: estabelece-se a confissão como “rainha das provas” e a possibilidade de uso de tortura para consegui-la. A supremacia da confissão, em regra, era estabelecida pelo tarifamento das provas, sistema que ganhou relevância nos Estados de tradição inquisitória. Tal fato alimentava mito da segurança criado pela inquisição: o

legislador se prevenia dos subjetivismos dos magistrados (HARTMANN, 2003, p. 111; SOUZA, 2005, p. 121).

Toda essa sistemática ganhou força com o discurso propagado da “busca pela verdade real”. Desse modo,

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), o de ‘verdade real ou absoluta’. Na busca dessa tal ‘verdade real’, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for ‘bem’ utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia das provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema. (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 121)

Outra característica do sistema inquisitório está na ausência de uma acusação prévia e formal “podendo ser aditada a qualquer tempo, na medida em que novas suspeitas apareciam, [...] conforme a conveniência do inquisitor [sic]” (SOUZA, 2005, p. 123). Aceitava-se, inclusive, a proposição de denúncia anônima. Com isso, pode-se concluir que muitas vezes os réus sequer sabiam por que estavam sendo acusados. Muito menos, nesse contexto, podiam exercer suas defesas de modo pleno (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 125).

Prevalece nesse sistema, também, a forma de investigação secreta e escrita. Em tempo pretérito, como já aludido, a escrita era um modo de tornar o processo penal acessível a poucos, vez que poucos sabiam ler. Já o segredo, além de tornar a atuação do magistrado incensurável, apresentava-se como mais um obstáculo ao exercício pleno da defesa pelo réu, que sequer tinha ciência da totalidade dos fatos imputada a ele. O que prevalecia, por conseguinte, era o arbítrio do julgador guiado pela ideia metafísica de verdade absoluta (KREMER; SPRENGER, 2007, ps. 1-82; SOUZA, 2005, ps. 119 e 123).

E é essa inalcançável verdade absoluta que dá origem a principal característica do sistema inquisitorial: a gestão da prova nas mãos de um único sujeito processual, o juiz inquisidor. Há a unificação das funções de investigar, acusar e julgar numa só pessoa. A atuação de ofício pelo juiz no processo penal torna-se regra. Identifica-se, assim, a presença do princípio inquisitivo, cujo critério informante é a gestão da prova (COUTINHO, 2000, p. 3; SOUZA, 2005, p. 121). E, nesse caso, frisa-se, a gestão da prova encontra-se somente nas mãos do inquisidor. Por isso, o processo:

que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. (LOPES JÚNIOR, 2012, pg. 122)

Enfim, há uma série de características que possibilitam identificar em maior ou menor grau um sistema como inquisitório, a saber: foi o sistema que, historicamente, prevaleceu nos regimes autoritários e absolutos de governo; nele, o acusado é reconhecido como objeto a ser investigado; a confissão é “rainha das provas”; a acusação pode ser realizada de ofício; não há publicidade, o procedimento é escrito e secreto; inexistente contraditório; prevalece o discurso da busca pela malfadada “verdade real”; inexistente a proteção da coisa julgada; e a prisão do acusado é a regra. Contudo, sem embargo a esses caracteres, é no fato de a gestão da prova encontrar-se nas mãos do julgador que o sistema inquisitório encontra seu fundamento (ARMBORST, 2008, p. 8; COUTINHO, 2000, pg. 3; KHALED JR., 2010b, p. 68).

Na contramão da história, em antagonismo à inquisição, ainda que no plano teórico, é possível vislumbrar o aparecer intermitente de um sistema de essência acusatória. Este sistema ao contrário daquele, verifica-se vinculado aos Estados e governos que mais avançaram em matéria de democracia. A começar pela sua forma embrionária: o povo grego (SOUZA, 2005, p. 117).

Ainda assim, Souza (2005, p. 117) acrescenta que:

[...] a verdadeira identidade do sistema acusatório é ligada ao Estado Republicano. A noção de participação popular e garantias individuais frente ao governo, traços essenciais da república, informam o sistema acusatório e são incompatíveis com a inquisição.

Na atualidade, o discurso de processo penal acusatório foi renovado com os ideais Iluministas trazidos à tona com a Revolução Francesa de 1789, com um intuito de revalorização do ser humano e uma resposta ao despotismo dos Antigos Regimes e a Inquisição da Igreja Católica. Em face disso, “A persecução penal pública e a busca da verdade real, antes metas absolutas, transformaram-se em valores relativos” (SOUZA, 2005, pg. 117).

Nesse sentido, conforme conclui Armbrorst (2008, p. 6):

[...] em ordens estatais democráticas, é natural que vigore um procedimento penal em que o acusado seja tratado como sujeito de direitos, tendo

asseguradas as garantias de presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa e da imparcialidade do julgador.

O reaparecer de novos governos autoritários no cenário histórico do século XX na Europa Ocidental, como o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália, desencadeou uma retomada do discurso inquisitório. Apesar disso, “A superação de tais regimes, com o fim da 2ª Guerra Mundial, representou uma nova busca ao sistema acusatório, ainda que permeado, principalmente na fase de investigação preliminar, por caracteres inquisitivos” (SOUZA, 2005, p. 120).

Assim, o encerrar da Segunda Grande Guerra revelou a necessidade de as sociedades estruturarem uma forte proteção à dignidade dos indivíduos que a compunham, consagrando normas constitucionais rígidas, bem como deixou evidente a necessidade de deixarem claros os valores fundamentais por elas erigidos (HARTMANN, 2010, p. 78).

O certo é que as ideias de dignidade da pessoa humana e de Estado Democrático de Direito – e, mais tarde, Estado Constitucional - passaram a fazer parte dos sistemas processuais penais desenvolvidos no Ocidente. E nessa conjuntura, é o discurso acusatório que mais satisfaz suas pretensões. Retoma-se a noção de sujeito de direito o que se coaduna com a garantia de direitos dentro do processo penal e limita a atividade punitiva estatal, em tese, tendencialmente arbitrária (HARTMANN, 2010, p. 78). E toda essa “vinculação decorre do fato de o processo penal ser o reflexo das relações entre Estado e indivíduo, bem como da posição assumida por este dentro da comunidade social” (ARMBORST, 2008, p. 3).

Assim:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a intranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero *objeto* para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também traduz a uma maior tranquilidade social, pois se evitam eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz ‘apaixonado’ pelo resultado de seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação. (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 122)

Desse modo, o sistema processual acusatório, legado de experiências democráticas, traz em seu bojo o principal fundamento que sustenta essa base ideológica que é a democracia: a efetiva participação daqueles que o compõe e lhe dão legitimidade. Dessa forma, o processo acusatório é aquele em que ocorre

efetiva participação das partes e que, nesse caminho, legitimam a decisão de um terceiro imparcial (HARTMANN, 2010, p. 87). Em outras palavras, “Em decorrência dos postulados do sistema [acusatório], em proporção inversa à inatividade do juiz no processo está a atividade das partes” (HARTMANN, 2010, p. 87). Desse modo, a gestão das provas está nas mãos do sujeito ativo (Ministério Público ou querelante) e do sujeito passivo (acusado-réu) do processo (HARTMANN, 2010, p. 87).

Em decorrência disso, o sistema processual penal acusatório apresenta características próprias, tais como:

- Clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- A iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades)
- Mantém-se o juiz como terceiro imparcial, alheio ao labor de investigação e passivo no que se refere à coleta de prova [...]
- Tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo)
- Procedimento é em regra oral (ou predominantemente)
- Plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte)
- Contraditório e possibilidade de resistência (defesa)
- Ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- Instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- Possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

(LOPES JÚNIOR, 2012, p. 119)

Com isso, apesar de todas as características que circundam o sistema processual acusatório, verifica-se que seu marco fundante encontra-se no princípio dispositivo, que também é informado pelo critério de gestão da prova. Contudo, ao contrário do sistema inquisitório, o papel de gestão das provas encontra-se sob o domínio das partes (COUTINHO, 2000, p. 3).

De modo global, portanto, pode-se dizer que os sistemas processuais penais se diferenciam por seus núcleos fundantes: de um lado o princípio inquisitivo e do outro o dispositivo. Ocorre que esses núcleos são orientados pelo critério de gestão da prova. E, a partir desse critério, ou seja, o modelo de gestão de prova adotado, a forma como está distribuída a produção da prova entre os sujeitos do processo, poder-se-á investigar a essência inquisitória ou dispositiva dos sistemas processuais penais (COUTINHO, 2000, p. 3).

Enfim, a par dessas noções introdutórias, necessário se faz situar historicamente a elaboração do Código de Processo Penal Brasileiro, bem como os institutos que perfazem sua matriz e determinam o critério de gestão de provas.

Dessa forma, pode-se investigar a essência da natureza do processo penal vigente: inquisitório ou acusatório.

1.3 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO: demarcação histórica e a abertura da legislação ordinária para a produção de prova de ofício pelo juiz

Diante de toda a análise feita, é possível perceber que o contexto histórico em que o sistema processual penal é moldado influi em sua estrutura. De acordo com Armbrorst (2008, p. 3):

Em razão da íntima vinculação entre o processo penal e a estrutura do Estado, as oscilações dos regimes estatais fizeram-se sentir nos sistemas processuais penais, que, desse modo, se alternaram ao longo da história na mesma medida em que se operaram as modificações políticas.

Lopes Júnior (2012, pg. 539), seguindo as lições de Goldschmidt, afirma, inclusive, que “a estrutura do processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição”.

Assim, é possível afirmar que o Código de Processo Penal encontra a sua essência no momento histórico em que foi redigido. O sistema penal, como se nota em toda a história, nada mais é do que o reflexo da política de Estado de cada período histórico. Atua conforme os ideais predominantes refletidos na estrutura estatal (ARMORST, 2008, pg. 3).

Diante disso, interessa o fato de que, durante o governo ditatorial de Getúlio Vargas, o Código de Processo Penal Brasileiro:

foi lançado ao mundo jurídico sob a égide da ‘Constituição dos Estados Unidos do Brasil’ de 1937, no momento subsequente à dissolução da Câmara e do Senado Federais e da revogação da Carta de 1934, implementando-se, dessa forma, a nova ordem denominada Estado Novo. O Presidente ‘fundamentou o golpe deitando proclamações ao povo brasileiro’, aludindo às ‘novas formações partidárias’ surgidas em todo o mundo que, ‘por sua própria natureza refratária aos processos democráticos’, ofereciam ‘perigo imediato para as instituições’, motivo pelo qual se exigia ‘de maneira urgente e proporcional à virulência dos antagonismos, o reforço do poder central’. (ARMORST, 2008, pg. 26)

Por certo o Brasil não se encontrava alheio ao mundo e aos conflitos políticos que se proliferaram, em grande medida, no continente Europeu. O ano de 1941, momento em que foi publicado referido Diploma, apresenta o auge das tensões ideológicas, com o fortalecimento dos modelos políticos nazi-fascistas em resposta

de um avanço “ameaçador” dos ideais comunistas. O “Plano Cohen” não foi resultado do acaso (SEITENFUS, 1985, ps. 140-147).

Nacionalmente, foi esse o cenário que se desenhou. Incorporou-se um modelo autoritário de Estado sob o pretexto de proteger o país de “forças externas” e cuja base encontrava-se numa política centralizadora: o Executivo fazia às vezes do Legislativo, de modo que não permitia uma articulação de outros partidos políticos de oposição e impedia um debate democrático acerca da elaboração de Leis. Nesse cenário, segundo Seitenfus (1985, ps. 148-149):

Quais são, em resumo, as principais características da nova Constituição brasileira [elaborada em 1937]? [...] a primeira é a sua não aplicação... Com efeito, a nova Carta Fundamental deve ser aprovada por referendo, mas este jamais será organizado por Getúlio Vargas que se contenta em governar por decreto. A não realização do referendo faz do Estado Novo não somente um regime ‘forte’, como ele desejava, mas também personalizado. Pois, e esta é a segunda característica importante da nova Constituição, ela concentra poder entre as mãos do Estado, personificado por um chefe carismático [...]

O terceiro traço importante da nova Constituição é a submissão completo do Legislativo ao Executivo. Este último, por exemplo, pode dissolver o Legislativo. Como a Constituição jamais é aprovada, o Estado Novo não assiste, nem a nível dos estados nem da Federação, a qualquer debate parlamentar e todas as decisões são tomadas soberanamente pelo executivo.

Daí porque surge a figura do Decreto-Lei, o qual – não por coincidência - podia ser expedido pelo Presidente nos períodos de dissolução da Câmara dos Deputados. Poucas eram as matérias que não podiam ser tratadas por esse ato normativo, conforme estabelecia a primeira parte do art. 13, da Constituição Federal de 1937¹.

Assim,

O Código de Processo Penal não fugiu à regra, tendo sido publicado mediante Decreto-Lei presidencial n. 3.689 de três de outubro de 1941 em meio a um contexto fortemente marcado pela crescente centralização política e pelo triunfo dos ideais autoritários em nosso país. Nitidamente inspirado no Código de Processo Penal italiano de 1930 – concebido, em pleno regime fascista, por Vincenzo Manzini e por Alfredo Rocco, Ministro da Justiça do governo Mussolini -, o Código, como fiel complemento dos elementos autoritários da Constituição vigente, encarnou com propriedade a ideologia de repressão social da ditadura Vargas, o que resta patente em sua Exposição de Motivos, de autoria do Ministro Francisco Campos. (ARMBORST, 2008, pg. 27)

¹ Art.. 37 O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União

A história demonstra que o modelo político nazi-fascista, em termos, foi encampado pela política Vargasista. E adeptos a ela estava Francisco Campos, quem encabeçou a edição e publicação do Código de Processo Penal. Ele, aliás, era reconhecidamente afeto a uma política autoritária e nacionalista.

Nesse sentido, o historiador Cabral dos Santos (2007, p. 46) afirma que:

[...] o pensamento autoritário de Francisco Campos não foi fruto das circunstâncias do cenário político que antecederam o golpe de 1937. Muito ao contrário, desde seus primeiros textos datados ainda da década de 1910, passando por sua atuação como deputado estadual e federal, e mais tarde como ministro da Educação e da Justiça.

Observa-se em sua prática discursiva elementos que nortearam sua trajetória política e intelectual, os quais mostraram-se inequivocamente adequados aos intentos golpistas em meados da década de 1930. As justificativas elaboradas por Campos para o golpe de 1937 não são decorrências apenas daquele momento político, mas configuram-se a expressão de um pensamento político autoritário que finalmente encontrara ocasião de fazer-se efetivo.

Desse modo, a promoção de um Estado autoritário – autocrático – no Brasil repercutiu no sistema penal, ramo do Direito que representa a expressão máxima das concepções ideológicas adotadas por um Estado. E, no caso do Brasil, isso fica ainda mais evidenciado na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941 (ARMBORST, 2008 ps. 26-27).

Nela, deixa-se clara a opção do legislador brasileiro por um sistema eminentemente inquisitório – aquele mesmo optado pela Inquisição Católica e pelos regimes autocráticos da história ocidental -, vez que atribui ao magistrado a função de guiar a produção de provas, com o fim de que ele alcançasse a ideia metafísica de verdade absoluta (KHALED JR., 2010b, ps. 69-70). Inicialmente, para isso, o Código de Processo Penal, em sua Exposição de Motivos, destacou que se “abandonou radicalmente o sistema chamado da *certeza legal*. Atribuiu ao juiz a faculdade de iniciativa das provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença” (BRASIL, 2014, p. 593)

Deixou-se muito bem definido o critério de gestão de provas: optou-se pelo princípio inquisitivo. E isso é demonstrado no momento em que se adverte na Exposição de Motivos que:

[...] o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a *preclusões*. (BRASIL, 2014, p. 593)

Essa opção legislativa se faz sentir ao longo de todo o Código de Processo Penal, o qual, ainda que alvo de inúmeras modificações recentes trazidas pelas leis 10.792/03 e 11.690/08, permanece com um preponderante ranço inquisitório (ARMBORST, 2008, ps. 31-33 e 36).

Como observa Lopes Júnior (2012, p. 132):

Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo, não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público, formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora [...].

Assim, no que toca ao tema gestão de prova, é possível constatar inúmeras aberturas legislativas ao longo do Código de Processo Penal que permitem um papel ativo do magistrado e fornecem o seu tom inquisitorial.

A começar, nesse aspecto, pelo art. 156, I e II, do Código de Processo Penal². No primeiro inciso desse dispositivo, deixou-se explícita a possibilidade de o juiz, de ofício, antes de iniciada a ação penal, produzir as provas ditas urgentes e relevantes, devendo adotar o critério da proporcionalidade. Observa-se que a “relevância”, na letra fria da lei, pode assumir um caráter puramente subjetivo, assumindo o juiz uma posição de livre arbítrio. Não há, assim, como deixar de reconhecer o perigo de se utilizar a referida fórmula num contexto em que ainda é prevalente o discurso da busca pela verdade real, pois pode ter nela o fundamento para qualquer medida (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 543).

Sobre esse dispositivo legal, Lopes Júnior (2012, p. 544) afirma que:

No sistema inquisitório, o instrutor trabalha solitário: *elabora hipóteses e as cultiva, buscando as provas*; quando as descobre, as colhe. É um sistema que exclui os diálogos e, quando muito, monologam juiz e Ministério Público, e essa simbiose entre o Ministério Público e o juiz com poderes instrutórios conduz a uma *metástase inquisitorial*. Essas lições são fundamentais quando se trata de analisar o art. 156, do CPP, que absurdamente atribui poderes instrutórios antes mesmo de haver processo, fundando assim um sistema inquisitório substancialmente inconstitucional.

² Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Nem mesmo entre os defensores dos poderes instrutórios do juiz, com os quais não concordamos, sublinhe-se, o inciso I do art. 156 do CPP foi bem recebido, evidenciando o quão longe na trilha inquisitória o legislador foi na Lei n. 11.690/2008.

Já no segundo inciso do mesmo dispositivo, permite-se que, durante a instrução processual criminal, o juiz determine a realização de diligências para sanar dúvidas sobre ponto relevante. Mas o que se poderia considerar relevante se não há qualquer parâmetro para conceituá-la? Por meio de palavras de significado abrangente e sem limites expressos, o legislador ordinário conferiu ao juiz amplo poder de produção de provas, - senão mesmo um poder ilimitado - apenas camuflado pela retórica.

Assim,

A questão é de suma relevância quando compreendemos que o sistema processual brasileiro é (neo)inquisitório (pois o art. 156, e tantos outros, atribui a iniciativa probatória ao juiz)[...] Classificamos de neoinquisitorial, pois é uma inquisição reformada, na medida em que, ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz, observa o princípio inquisitivo que funda o sistema inquisitório. Claro que não o modelo inquisitório historicamente concebido na sua pureza, mas uma neoinquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade, defesa, contraditório, etc. Não se trata de pós-inquisitorial porque isso nos daria uma noção de superação do modelo anterior, o que não é verdade. (LOPES JÚNIOR, 2012, pg. 541)

E mais. A abertura normativa do Código de Processo Penal para iniciativa probatória do juiz não se limita, apenas, aos incisos do art. 156. Vai além. Ao longo do Título VII desse Diploma, entre as provas em espécie, elenca as hipóteses em que pode o magistrado instruir o processo de ofício, havendo entre elas aspectos de grande relevância.

No que se refere à prova pericial, o art. 181, parágrafo único, do Código de Processo Penal³, prevê que, tendo havido ausência de formalidade em laudo pericial, a autoridade judiciária “ordenará a realização de nova perícia, pelos mesmos ou outros peritos, conforme sua conveniência” (NUCCI, 2012, p. 419).

Em relação ao interrogatório do acusado, o Código de Processo Penal abre a possibilidade de o juiz, de ofício, fazê-lo a qualquer tempo (art. 196, do Código de

³ Art. 181. No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo. (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

Parágrafo único. A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente.

Processo Penal⁴). Portanto, independentemente da iniciativa de qualquer das partes (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 132).

O art. 234, do Código de Processo Penal⁵, que regula a produção de prova documental, dispõe que poderá providenciar a juntada de documentos de que tiver notícia, independentemente do requerimento das partes (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 699).

Sobre esse dispositivo legal, afirma Lopes Júnior (2012, p. 699) que:

Novamente estamos diante do tão criticado juiz-ator, ou seja, do ativismo probatório judicial, que compromete seriamente a estrutura dialética do processo, fulmina com o contraditório e com a própria imparcialidade do julgador. E, por favor, não se argumente em torno da absurda “verdade real”...
[...] não cabe ao juiz a iniciativa probatória no processo penal constitucional acusatório.

Dessa forma, referida hipótese normativa atribui total liberdade ao magistrado utilizar-se desse meio de prova, o que se torna uma ameaça à imparcialidade do julgador quando “Não são raros os casos em que presenciamos julgadores tomados por um sentimento de fracasso diante da ‘necessidade imperiosa de absolver’, como se a jurisdição só se efetivasse quando a sentença fosse condenatória” (LOPES JÚNIOR, 2012, pg. 543). Somado a isso, não se poderia olvidar da “imensa pressão midiática construída em torno de casos mais rumorosos, onde se estabelecem verdadeiras campanhas demonizadoras, ‘lutas contra o diabo’ (ou o inimigo, é o mesmo) [...]” (LOPES JÚNIOR, 2012, pg. 543).

Em seguida, a medida de busca, ainda que possua natureza de medida cautelar e não de prova propriamente dita, também pode ser determinada de ofício pelo juiz (art. 242, do Código de Processo Penal⁶), que pode, a partir dela, perseguir pessoas e coisas segundo sua convicção (LOPES JÚNIOR, 2012, pg. 132).

Destaca-se que o perfil inquisitivo do processo também se repete em leis mais recentes. É o caso, por exemplo, da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) que permite o juiz requisitar laudos periciais de ofício⁷; e o da Lei 9.296/96 (Lei de Interceptação

⁴ Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

⁵ Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.

⁶ Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

⁷ Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Telefônica) que permite o juiz, durante toda a instrução, decretar interceptação telefônica de ofício⁸.

Assim, é possível observar que, não apenas pela Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, mas também pelos dispositivos legais ao longo de seu Título VII, “Das Provas”, e por outras leis esparsas, o legislador derivado elegeu o princípio inquisitório como norteador da atividade do magistrado, uma vez que a gestão da prova se encontra nas mãos deste.

1.4 O RECONHECIMENTO DO PROCESSO INQUISITÓRIO PELA DOUTRINA E A FALÁCIA DO SISTEMA MISTO

Após uma análise do contexto histórico, da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal e de seus dispositivos legais, torna-se relevante trazer à luz a posição da doutrina no tocante ao sistema processual brasileiro adotado, vez que esta representa uma fonte secundária do direito, com grande influência na atuação do operador jurídico.

Assim, apesar de constatado que o legislador ordinário instituiu normas que demonstram sua opção pelo princípio inquisitório no Processo Penal, é possível constatar que, a partir de uma análise dos diversos manuais de Processo Penal, não há entendimento unânime na doutrina. Situação essa que se explica pelo fato de o sistema eleito pela legislação infraconstitucional não condizer com o sistema eleito pela própria Constituição.

Sob esse panorama, identifica-se uma primeira corrente interpretativa, reconhecida como mais progressista. Segundo ela, o Código de Processo Penal possui, sim, essência inquisitorial (KHALED JR., 2010a, p. 303).

Nesse sentido, Coutinho (2000, p. 3) afirma que,

diante da breve análise dos sistemas processuais e dos princípios que os estruturam, pode-se concluir que o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a

[...]

§ 5º Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.

⁸ Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: [...]

gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual vigente no Brasil.

Da mesma forma pensa Lopes Júnior (2012, p. 135), para quem

Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156, incisos I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representa uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório.

Adota idêntica posição Tourinho Filho (2012, p. 59), para quem

Melhor seria que o legislador disciplinasse a atividade instrutória conferida ao Juiz, impedindo-o de produzir provas e de decretar medidas cautelares pessoais ou reais, atribuindo-lhe o seu real e sublime de papel de órgão incumbido de solucionar o litígio, limitando-se a recolher as provas que lhe forem apresentadas e, após valorá-las, proclamar a quem assiste o direito. Aí a imparcialidade seria incontestável e consonar-se-ia com o nosso Estado Democrático de Direito.

Por fim, Oliveira (2010, p. 350) aduz que no que se refere à atividade do magistrado, deve-se

Impedir que este adote postura tipicamente acusatória no processo, quando, por exemplo, entender deficiente a atividade desenvolvida pelo Ministério Público. O juiz não poderá desigualar as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos reunidos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais.

A segunda forma de interpretação consiste na ideia de que o Processo Penal é regido pelo princípio acusatório, possuindo apenas resquícios de inquisitorialidade, representados em grande parte pela fase policial que o antecede. Além disso, essa excepcionalidade do princípio inquisitivo restringiria o campo de atuação do magistrado, que apenas poderia realizar provas de forma subsidiária. Em outras palavras, a possibilidade de o juiz produzir prova, ainda que de forma complementar, não desnatura o princípio acusatório. Segundo Grinover (*et al*, 2011, ps. 64 e 65).

No processo penal brasileiro adota-se o sistema acusatório. Quanto à fase prévia representada pelo inquérito policial, já vimos que constitui processo administrativo, sem acusado mas com litigantes (após o indiciamento), de modo que os elementos probatórios nele colhidos (salvo as provas antecipadas a título cautelar) só podem servir à formação do convencimento do Ministério Público, mas não para embasar uma condenação.

Em seguinte, aduz que

Enquanto no processo civil o princípio dispositivo foi aos poucos se mitigando, a ponto de permitir-se ao juiz uma ampla gama de atividades instrutórias de ofício (v. ainda CPP, art. 440), o processo penal caminhou em sentido oposto, não apenas substituindo o sistema puramente inquisitivo pelo acusatório (no qual se faz uma separação nítida entre acusação e jurisdição: CPP, art. 28), mas ainda fazendo concessões ao princípio

dispositivo (art. 386, inc. VI), sem falar na Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9.099, de 26.9.95). (GRINOVER *et al*, 2011, ps. 64 e 65)

Greco Filho (2012, p. 213), adotando linha semelhante e com parâmetro de observação diverso, sob a análise do art. 156, inciso, do Código de Processo Penal, sugere que é

Possível concluir que, mesmo no processo penal, os poderes instrutórios do juiz, quanto à determinação da prova de ofício, são poderes complementares à iniciativa das partes que têm o ônus originário de requerer ou propor as provas pertinentes.

Isso porque os poderes inquisitivos do juiz têm um limite, que é a sua imparcialidade, o contraditório e a equidistância em relação às partes. Postas as questões relevantes, o juiz pode ultrapassar a iniciativa das partes determinando prova não requerida, mas não pode tornar-se acusador ou defensor, sob pena de violar o princípio acusatório do processo penal, que consiste no julgamento por órgão não interessado e não envolvido na atividade da acusação ou defesa.

Não é possível predeterminar a linha divisória entre a utilização adequada do poder inquisitivo na busca da verdade e o abuso desse poder com invasão das funções de acusação ou defesa. Todavia, os casos concretos saberão mostrar a distinção, uma vez compreendido que os poderes não são ilimitados, e que o limite é a exigência da imparcialidade.

Além disso, Lima (2012, ps. 860-861) corrobora essa ideia ao comentar que

E nem se diga que essa atuação subsidiária do juiz na produção de provas compromete sua imparcialidade [do juiz]. Na verdade, como destaca a doutrina, 'os poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a imparcialidade do julgador. Ao determinar a produção de uma prova, o juiz não sabe, de antemão, o que dela resultará e, em consequência, a qual parte vai beneficiar [...].

Também não há qualquer incompatibilidade entre o processo penal acusatório e um juiz dotado de iniciativa probatória, que lhe permita determinar a produção de provas que se façam necessárias para o esclarecimento da verdade. A essência do sistema acusatório repousa na separação das funções de acusar, defender e julgar. Por mais que a ausência de poderes instrutórios do juiz seja uma característica histórica do processo acusatório, não se trata de uma característica essencial a ponto de desvirtuar o referido sistema.

Portanto, dentro dessa segunda interpretação, acredita-se que a instrução probatória do processo pode ser realizada pelo juiz de forma complementar, desde que respeitados os princípios do contraditório, da imparcialidade e da ampla defesa.

Próxima a essa concepção encontra-se uma terceira forma de interpretação, para a qual o sistema processual penal eleito é o misto, vez que há uma conjunção dos princípios inquisitivo do Código de Processo Penal e dispositivo da Constituição Federal. Ambos caminham em paralelo no ordenamento vigente, de forma que por haver legislação específica no Código de Processo Penal, não há razão de impedir a atuação de ofício do juiz, que está autorizado a buscar, acima de tudo, a verdade

real. E aqui está a diferença em relação à corrente anterior: não se trata apenas de uma atuação subsidiária. Nessa seara, Nucci (2012, p.126) sustenta que

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal [...] é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva [...]

Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminada por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. Seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que estabelece as regras do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse.

Demercian (2011, p. 27), enquadrando-se nessa linha, ainda que parte de sua obra afirme que o sistema processual penal brasileiro é acusatório, tem opinião no sentido de que

O juiz, por seu turno, não é mero expectador das provas produzidas pelas partes, devendo, na busca da verdade real, determinar as diligências de ofício com o fito de dirimir dúvidas sobre pontos que entenda relevantes. Não pode, porém, obrigar qualquer das partes a demonstrar algo.

Tem-se, dessa forma desenhada, as três linhas de pensamento predominantes na doutrina nacional. Três linhas, contudo, que, de forma ou de outra, seja para confirmar a possibilidade, seja para criticar, reconhecem na legislação processual penal ordinária a existência de dispositivos legais que abrem margem ao julgador atuar de ofício em busca de provas e tornam efetivo o princípio inquisitivo (ARMBORST, 2008, p. 19).

Nas duas últimas correntes, contudo, pode-se notar a existência de uma posição conciliadora (contraditória): admite-se a coexistência, num mesmo sistema, do princípio inquisitivo e do princípio dispositivo. Ocorre que, na segunda, a possibilidade de o juiz produzir provas complementares de ofício parte do pressuposto de que este atua de forma neutra, sem que a produção de prova, de antemão, representasse a busca de comprovar suas convicções, revelando elementos desconhecidos e de nenhuma forma vinculados a possíveis preconcepções de quem as produz. Não intui que a própria iniciativa probatória já representa ou enseja, por si só, a quebra da imparcialidade do magistrado, expondo,

a todo tempo, risco ao regular trâmite do processo (KHALED JR., 2010a, ps. 305-306).

Do mesmo modo, a crença na existência de um “sistema misto” pretende, em última análise, conciliar dois princípios inconciliáveis, ou melhor, tenta o que é impossível: efetivar, de forma simultânea, tanto a Constituição da República que impõe um sistema acusatório, como o Código de Processo Penal atual, que tem caráter eminentemente inquisitório (COUTINHO, 2007, p. 11-13).

A deficiência dessas duas correntes está no fato de não tomarem como pressuposto de avaliação do sistema processual penal o seu princípio unificador, determinado por seu critério essencial: a gestão da prova. Nesse sentido, Coutinho (2000, p. 3) adverte que:

Para a devida compreensão do Direito Processual Penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais, quais sejam, inquisitório e acusatório, regidos, respectivamente, pelos referidos princípios inquisitivo e dispositivo. Destarte, a diferenciação destes dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério da gestão da prova. Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador.

Assim, enquanto, no sistema inquisitorial, a produção de provas encontra-se concentrada nas mãos do juiz, que possui uma posição ativa no processo, no sistema acusatório, a produção de provas é incumbência das partes, com o juiz figurando como um sujeito passivo dentro da relação processual, alheio à coleta de elementos probatórios (COUTINHO, 2000, p. 3).

Esse panorama demonstra que, até certo ponto, os princípios inquisitivo e dispositivo são inconciliáveis. E diz-se até certo ponto, pois, apesar de a atividade probatória ser o critério fundante deles, características como o contraditório, a separação entre órgãos de acusação e de julgamento e outras que orbitam o sistema processual, podem mudar de forma tangencial sua feição, ora acrescentando vestígios inquisitoriais ora acrescentando vestígios acusatórios. Assim,

Como é primário, não há mais sistema processual puro, razão pela qual tem-se, todos, como sistemas mistos. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que por evidente, desfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários) que de um sistema são emprestados ao outro. É o caso, por exemplo, do processo comportar a existência de partes,

o que para muitos, entre nós, faz-se o sistema tornar-se acusatório. (COUTINHO, 2000, p. 3)

Daí porque a falácia do sistema “misto” sustentado pela doutrina. O revestimento formal e retórico da lei, analisado superficialmente por parte da doutrina, camufla, sob adjetivos próprios de um sistema acusatório, aquilo que é, como visto, a essência do sistema processual penal brasileiro e o que é a tona da praxe forense atual: a gestão da prova nas mãos do magistrado e a preponderância do princípio inquisitivo.

1.5 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO PELO JUIZ

A iniciativa probatória do juiz, em regra, é atacada em preliminares dos diversos recursos e ações impugnativas do processo penal, de forma que é corrente a tese de que a iniciativa do magistrado representa a quebra da imparcialidade. Contudo, além de a jurisprudência apresentar uma discussão rasa acerca do tema, na maioria das vezes a resposta jurisdicional restringe-se a afirmar que é legítima a atuação do magistrado, vez que está, exclusivamente, promovendo a “elucidação dos fatos”. E com isso, conclui-se que magistrado, atuando de ofício, não atua de forma imparcial.

Em outras palavras, numa primeira análise, os Tribunais de segunda instância confirmam a tese de que deve o magistrado buscar a verdade real, permitindo que ele atue de ofício. Nesse sentido, não são raras as decisões dos tribunais que legitimam a produção de perícia a pedido do magistrado, bem como a formulação sem limites de perguntas às testemunhas e ao acusados por ele, atuando como se parte fosse no processo.

A título de exemplo, em sede de *habeas corpus* (SANTA CATARINA, 2014, p. 6), o Tribunal de Justiça Catarinense decidiu que

A prova pertence ao processo-crime e, estando o juiz, destinatário final, convencido de que necessita de maiores esclarecimentos e da narrativa detalhada do caso para a formação de sua convicção pessoal, pode questionar a testemunha e complementar a inquirição, conforme lhe garante o art. 212 do Código de Processo Penal.

Abarca-se a ideia de que a atividade do juiz é meramente integrativa, o que não significaria ofensa a qualquer princípio constitucional e se justifica pela busca à verdade real.

Já nas instâncias superiores, por vezes, não diferente das instâncias ordinárias, sufraga-se a possibilidade de o juiz ir em busca das provas em decisões que se limitam a realizar uma leitura da legislação infraconstitucional. Foi o que ocorreu no *habeas corpus* 192.410/MS (BRASIL, 2012, p.5), julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que se decidiu que

Embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade.

Nesse sentido é o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, que faculta ao magistrado, de ofício, "determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante." 3. Por sua vez, o artigo 56 da Lei 11.343/2006, prevê que o togado, ao receber a denúncia, requisite os laudos periciais referentes ao ilícito em tese praticado.

Como se pode notar, a decisão se utiliza da abertura legislativa que há no termo abrangente "dúvida relevante" como fundamento para que o magistrado possa realizar prova de ofício. E, ao mesmo tempo em que se permite isso, fala-se – como visto, de forma contraditória - em imparcialidade do Estado, incorporado na figura do juiz.

Verifica-se ainda, como fato curioso, que parte da jurisprudência admite um papel suplementar do juiz. Tal posicionamento pode ser extraído do julgamento realizado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no *habeas corpus* 289.479/RS (BRASIL, 2012, p. 6), de cujo teor se extrai que

No caso dos autos, conquanto o Ministério Público não estivesse presente na ocasião em que ouvida uma das testemunhas arroladas na denúncia, o certo é que o próprio artigo 212 do Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, outrossim, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, nos termos do artigo 156, inciso II, do mencionado diploma legal, o que afasta a alegação do prejuízo em tese suportado pelo acusado, já que a magistrada de origem não atuou como acusadora, mas dentro dos limites que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico vigente.

Por último, a posição do Supremo Tribunal Federal não difere muito daquela observada nos outros tribunais do país. Veja-se, de início, o informativo 357, do STF, de 2004 (BRASIL, 2004b):

A Turma deferiu, em parte, *habeas corpus* impetrado contra acórdão do STJ que negara provimento a recurso especial, em que se sustentava a ofensa

aos arts. 28 e 252, II, do CPP e a omissão da aplicação do art. 9º da Lei 10.648/2003. No caso concreto, o **juiz** de primeira instância, em razão do pedido do Ministério Público de arquivamento do inquérito policial, solicitara nova manifestação do parquet sobre a possibilidade de realizar nova tentativa de elucidação do ilícito noticiado, o que fora acolhido, tendo sido, posteriormente, oferecida denúncia apta, com base em novas provas e fatos, que originaram ação penal e conseqüente condenação da paciente pela prática de crime contra a ordem tributária. Entendeu-se correto o acórdão recorrido na parte em que afastara a alegação de violação aos arts. 28 e 252, II, do CPP, tendo em vista que a hipótese descrita nos autos não configurara **iniciativa probatória** exercida pelo **juiz**, mas mera sugestão de medidas apuratórias, não tendo havido, outrossim, colisão com o entendimento do STF no sentido de que, requerido o arquivamento do inquérito pelo Ministério Público perante o **juiz** de primeiro grau, este só poderá acatar ou remeter ao Procurador-Geral. Considerou-se, no entanto, ocorrida a omissão alegada. HC deferido, em parte, para que o STJ, completando seu julgamento, examine a alegação do paciente no sentido da aplicação do art. 9º da Lei 10.684/2003. HC 84051/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.8.2004. (HC-84051)

O informativo demonstra a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 84051/PR, pois a possibilidade de o juiz de sugerir “medidas apuratórias” significa, em última análise, permitir que o juiz tome a iniciativa da prova.

Verifica-se, que a posição adotada pela Suprema Corte do Brasil remete, muitas vezes, à ideia de busca da verdade real. De forma que se chega à conclusão de que “o sistema acusatório não pressupõe magistrado como mero espectador estático no processo penal, admitindo-se, ainda que excepcionalmente, a iniciativa probatória *ex officio*” (BRASIL, 2013, p. 10).

Observa-se que, até certa medida, toda a construção desse entendimento carrega consigo um caráter corporativista da magistratura. Nesse sentido, segundo Luz (2011, p. 50):

Entendendo que o sistema acusatório se caracteriza pela distinção das partes apenas quando do ajuizamento da ação, sendo permitido ao juiz buscar a prova, manifestou-se a Associação dos Juizes Federais – AJUFE, argumentando a importância da participação ativa do juiz ‘diante de possíveis e eventuais falhas, não só da defesa, mas também da acusação’. Segundo a AJUFE, o poder de instrução complementar do juiz é fundamental para que o processo não se transforme em uma ‘mera disputa entre acusação e defesa, com a vitória do melhor profissional e com prejuízos à descoberta da verdade e a correta aplicação da lei penal’

Não obstante esse quadro, deve-se destacar que existe posição dissonante na jurisprudência pátria que indica uma mudança, ainda que pequena, de posicionamento da Suprema Corte. Enfatiza-se o teor da decisão proferida em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.570, em que se analisou a conformidade da Lei 9034/95 aos princípios constitucionais processuais. A referida

lei ordinária disciplinava a utilização dos meios operacionais para a prevenção e repressão das ações praticadas por organizações criminosas. Entre os seus dispositivos, o art. 3º permitia o magistrado pessoalmente buscar dados, documentos e informações bancárias, financeiras e eleitorais nas investigações que estivessem ligadas à atuação desses grupos. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da hipótese legal, pois, conforme os argumentos lançados pelo Ministro Relator Maurício Corrêa (BRASIL, 2004a):

Em verdade, a legislação atribuiu ao juiz as funções de investigador e inquisidor, atribuições essas conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigos 129, I e VIII e §2º; e 144, §1º, I e IV e §4º) Tal figura revela-se incompatível com o sistema acusatório atualmente em vigor, que veda a atuação de ofício pelo julgador.

Enfim, como se pode observar, apesar de se constatar certa divergência, a orientação jurisprudencial dominante é no sentido de que o juiz deve se guiar pela busca da verdade real, com a gestão da prova permanecendo sob seu domínio, pois argumenta-se que a atividade probatória levada a cabo pelo magistrado não desconfigura, em tese, o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal, bem como os princípios que orbitam ao seu redor. E isso se legitima em nome de uma pretensa “justiça”.

2 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: A (IM)POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO PELO JUIZ

Após uma análise histórica e introdutória da atividade probatória do juiz, elege-se a seguinte questão central sobre a gestão da prova no processo: existe a possibilidade legal de o juiz produzir prova de ofício? Não é difícil constatar ao longo da legislação infraconstitucional as aberturas legislativas para tanto. Não é por acaso que, entre três correntes interpretativas, duas julgam, ainda que divergentes em certos aspectos, admissível a iniciativa probatória do juiz. Ideia que também, como se pôde notar, é abarcada em grande parte pela jurisprudência.

Contudo, superando a superficialidade com que se encara essa matéria no meio acadêmico, para a resposta do questionamento acima, primeiramente, faz-se necessário buscar os fundamentos das correntes interpretativas possíveis acerca da produção de prova pelo julgador e a superação da “verdade real” como meta; em seguida, analisar os princípios constitucionais e a opção, pela Constituição, de um sistema acusatório; e enfim, situar o campo paradigmático que se deve tomar para conformar materialmente o ordenamento jurídico brasileiro à Constituição, colocando em evidência a questão da (in)validade das normas processuais penais que não se adequem a um sistema acusatório.

2.1 OS ARGUMENTOS CONTRA E A FAVOR DA (IM)POSSIBILIDADE DO JUIZ PRODUZIR PROVAS DE OFÍCIO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL

A gestão da prova é o critério essencial e determinante do sistema processual. Dessa forma, se a iniciativa probatória é exclusiva das partes, revela-se um sistema essencialmente acusatório; por outro lado, se a iniciativa da produção de prova é ônus incumbido ao magistrado tem-se a base de um sistema essencialmente inquisitório, ainda que artificialmente denominado “misto”. Atualmente, não existe sistema processual puro, o que não elimina a possibilidade de se investigar seu princípio fundante: dispositivo ou inquisitivo (COUTINHO, 2000, pg. 3). O fato é que a produção de prova de ofício pelo juiz não é assunto pacífico e muito porque há visível contradição entre as disposições constitucionais e infraconstitucionais.

A oposição à iniciativa do juiz, em grande parte, está no fato de que ele “não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhes foram trazidas pelas partes, mas visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação” (RANGEL, 2004, pg. 46).

Supera-se, desde então, a noção de busca por uma verdade real, que já havia sido apontada por Carnelutti (*apud* COUTINHO, 2001, p. 78):

Justamente porque a coisa é uma parte; ela é e não é; pode ser comparada a uma moeda sobre cuja cara está gravada o seu ser e, sobre a sua coroa, o seu não-ser. Mas para conhecer a verdade da coisa, ou digamos, precisamente, da parte, necessita-se conhecer, tanto a sua cara, quanto a sua coroa: uma rosa é uma rosa, ensinava a FRANCESCO, porque não é alguma outra flor; queria dizer que para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para chegar à verdade, é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é. Por isso, a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa. E quando digo uma coisa, refiro-me também, a um homem. Em síntese, a verdade está no *todo*, e não na *parte*; e o todo é demais para nós.

A partir de toda essa noção, reconhece-se um “juiz humano”, não imune às emoções, às paixões e preconceitos inerentes a qualquer indivíduo. Distancia-se da ideia metafísica de um juiz neutro e até mesmo imparcial, capaz de por meio de um processo puramente silogístico subsumir o caso concreto à norma, como “boca da lei”, e busca-se, antes de tudo, assegurar a observância das garantias do réu, retomando a ideia de imparcialidade como meta (KHALED JR., 2010a, pgs. 305-306).

Referente à iniciativa probatória do juiz, Coutinho (2000, p. 3) afirma que:

A história mostrou – e continua mostrando – não ser em nada melhor para o processo penal uma tal liberdade, justo porque mantém intacta a possibilidade – natural – de se decidir antes e, tão-só depois, sair-se à cata da prova suficiente para justificar a decisão previamente tomada.

Compreende-se, portanto, que a iniciativa probatória do juiz abre margem para que, por circunstâncias alheias, que não técnica-jurídica, possa o juiz a decidir de antemão seu posicionamento, indo, logo após, em busca de elementos que possam sustentar seu convencimento.

Assim é que:

Geralmente, chegado o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas Vezes, a tendência de condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu ou, ainda, pela repugnância que determinado delito (em si) provoca no espírito do juiz. Por outro lado, o fiel da balança pode ter pendido para a absolvição em razão da grande

prole do réu ou em virtude do fato de estar ele perfeitamente integrado na comunidade ou, ainda, pelo fato de que o delito cometido nenhuma repugnância causa ao juiz, o que faz visualizar tal figura penal com excrescência legislativa ou um anacronismo jurídico. Sabe o julgador, entretanto, que essas motivações não seriam aceitas pela comunidade jurídica sem uma roupagem racional e tecnicamente legítima. [...] Buscará, então, o julgador outro caminho que pode ser através da avaliação da prova ou por meio da interpretação da norma. Geralmente, pelo menos entre nós, os juízes preferem o primeiro caminho, já que a prova é produzida longe dos tribunais e a possibilidade de controle é mais difícil. [...] Surge aqui o primeiro requisito retórico da sentença, que não é outro senão o da verossimilhança fática (BRUM, 1980, ps. 72-73)

Em se tratando de um processo inquisitivo, chega-se à conclusão de que a atividade do juiz sempre será infalível, pois as provas por ele produzidas nada mais são que a confirmação de sua própria hipótese; um resultado já predeterminado (CARVALHO, 2003, p. 21).

E essa ampla possibilidade de o magistrado ir em busca dos elementos probatórios base de sua decisão pré-formulada oferece o ensejo para os chamados “quadro mentais paranoicos”. Nesse sentido, segundo Cordero (*apud* KHALED JR., 2010b, p. 69):

A solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Chamemo-os ‘primado da hipótese sobre os fatos’: quem investiga segue uma delas, às vezes com os olhos fechados; nada a garante mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem esse mister estimula, cautelarmente a autocrítica; assim como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele que as coloca sobre a mesa, aponta na direção de “sua” hipótese. Sabemos com quais meios persuasivos conta [...] usando-a, orienta o êxito para onde quer.

A aversão à iniciativa de prova do magistrado, portanto, assenta na ideia de que, na reconstrução de fatos pretéritos, fim último do processo penal, o juiz - como sujeito cognoscente -, ao realizar um papel ativo, interfere nela com maior intensidade através de suas preconcepções, ainda que convicto de que persegue uma pretensa resposta neutra ao caso penal – “uma verdade material”. Desse modo, é possível dizer que o juiz não figura apenas como um sujeito passivo na relação processual. Não aplica as normas, pura e simplesmente. Como qualquer outro indivíduo, participa na construção da realidade, o que no processo pode ser feita de duas formas: interpretando a lei ou reconstruindo a verdade dos fatos no processo (COUTINHO, 2000, p. 3).

Acredita-se, então, que a instrução probatória realizada pelo juiz em busca da “verdade real” significa a quebra dos mais diversos princípios constitucionais (inércia

da jurisdição, imparcialidade, contraditório, ampla defesa, entre outros) e a consequente negação de um processo penal acusatório, legítimo.

Em posição antagônica a essa, encontram-se aqueles que defendem a possibilidade de o magistrado produzir prova de ofício. Tal argumento se escora na ideia de que o juiz deve perseguir e reconstruir, a todo custo, a verdade real; único modo de se alcançar uma sentença justa. Na lição de Nucci (2012, p. 394):

A atuação de ofício do juiz, na colheita da prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à *verdade real*, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação em beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade.

Nessa ótica, o juiz é um terceiro elemento da relação processual, neutro, imparcial e imune a qualquer forma de emoção ou paixão e busca realizar somente, e tão somente, a “justiça”. Portanto, o magistrado não participa, como sujeito cognoscente, da construção do objeto, que, no processo penal, restringe-se a fatos pretéritos. Aqui, entende-se que os princípios constitucionais não são abalados, pois o magistrado, alcançando a realidade dos fatos, alcançará a decisão mais justa.

Nessa linha, ainda que assuma posição contraditória em sua obra, Capez (2011, p. 73) afirma que

No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos. Para tanto, o art. 156, II, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008, faculta ao juiz, de ofício, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Esse princípio é próprio do processo penal, já que no cível o juiz deve conformar-se com a verdade trazida aos autos pelas partes, embora não seja um mero espectador inerte da produção de provas.

Assim, conforme exposto, enquanto ao lado dos defensores da iniciativa probatória do juiz – e, portanto, da essência inquisitória do processo penal - estão aqueles que defendem que o processo tem sua razão de ser na verdade (real ou processual), da qual se extrai a decisão mais justa; do outro estão aqueles que, contrários a esse ativismo judicial, acreditam que a verdade é contingencial e que a sentença é um ato de convencimento, cujo teor deve ser construído sob o viés do contraditório, da ampla defesa e do alheamento do juiz em relação à prova.

Ou seja, a história reconstruída pelo magistrado em sua decisão pode ou não coincidir com a realidade dos fatos, a depender dos significados eleitos por ele sobre os elementos probatórios levados ao processo (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 543).

Dessa forma, ante o reconhecimento da impossibilidade de alcançar uma verdade absoluta, a solução passa a ser a preservação da participação das partes processuais no convencimento do magistrado. Apenas assim se poderia, então, considerar legítima uma intervenção penal.

Diante disso, como um primeiro passo de superação do princípio inquisitório, é necessário que se passe de um sistema até então fundado em “verdades” para o reconhecimento de um sistema fundado em “probabilidades” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 543).

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL: A ESTRUTURA DE UM SISTEMA ACUSATÓRIO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como observado anteriormente, a doutrina nacional manualística, em grande parte, apesar de afirmar que o sistema processual penal brasileiro é formalmente acusatório, admite a possibilidade de o juiz produzir prova de ofício. Aliás, esse é também o caminho trilhado pela jurisprudência pátria. Reconhece-se, portanto, de forma camuflada, que o núcleo fundante do sistema processual penal é o princípio inquisitivo. Posto isso e superada a ideia de “verdade material”, a questão passa a ser: é sustentável a iniciativa probatória do juiz ante o arcabouço normativo trazido pela Constituição Federal?

Numa primeira análise, pode-se constatar que nenhum dispositivo constitucional demonstra explicitamente a escolha por um processo penal acusatório. Contudo, “a (talvez aparente) omissão do constituinte não configura óbice ao reconhecimento do *status* constitucional do sistema acusatório” (ARMBORST, 2008, p. 28). Isso porque, a partir da consagração de determinados princípios constitucionais processuais (explícitos ou implícitos) é possível fazer uma releitura das leis ordinárias, tal como o Código de Processo Penal, a ponto de, sem dificuldades, superar a visão de que a jurisdição - e em especial a penal - se constitui unicamente como uma relação de poder, e sim de garantia, o que enseja a construção de um processo de partes (KHALED JR., 2010b, p. 64-87).

Nesse quadro, ganha força a ideia de que o Processo Penal, em relação ao Direito Penal, possui um caráter marcadamente instrumental. Instrumentalidade essa

que deve ser vista a serviço dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e da própria limitação do poder de punir do Estado; e não exclusivamente com vistas a satisfazer os anseios das pretensões acusatórias. Não se requer com isso impunidade, mas tão somente que se faça prevalecer um processo penal democrático, tornando eficazes as garantias constitucionais legalmente estabelecidas (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 88).

Dessa forma é que a “noção de instrumentalidade tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor da dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 88).

Nessa linha, segundo Khaled Jr. (2010, p. 86),

É somente a partir de uma perspectiva de jurisdição como garantia contra o autoritarismo que o próprio Direito Penal tem condições de se legitimar, na medida em que a intervenção jurídico-penal é invocada para assegurar a proteção de bens jurídicos e direitos fundamentais, observando e respeitando, simultaneamente, garantias fundamentais.

Colocado o Processo Penal no seu devido lugar – instrumento das garantias constitucionais -, a escolha da Constituição por um sistema processual penal de partes começa a ser notado partir de seu próprio valor fundante: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal). A partir desse elemento, coloca-se por terra qualquer possibilidade de se instaurar um processo judicial em que os sujeitos processuais deixem de ser assim considerados. O processo deve ser, portanto, constituído de partes e não de um mero objeto a ser conhecido, característica que, como visto anteriormente, é peculiar ao sistema inquisitorial.

A dignidade, dessa forma, pressupõe a existência de um ser humano; de um reconhecimento da condição humana das partes processuais. Assim

Fator que corrobora a eleição constitucional do sistema acusatório é a consagração da *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil, a qual, como atributo intrínseco do ser humano, é ‘irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade’ (ARMBORST, 2008, p. 30)

A eleição da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, dessa forma, é o ponto de onde surge um feixe de efeitos jurídicos sobre o processo, pois é a partir dela que se reconhece a parte passiva do processo como um sujeito de

direito, sendo-lhe, então, asseguradas todas as garantias que advêm dessa condição (GIACOMOLLI, 2008, p. 11-12)

Dessa forma

A pessoa não pode ser tratada como mero objeto, ser instrumentalizada pelas instâncias judiciais de atuação, mesmo sendo acusado ou condenado por uma infração criminal. O processo, a pena e o cárcere não podem servir de instrumento ou meio à degradação humana, ao aniquilamento da essência do ser, de sua qualidade humana. Em face do princípio da dignidade da pessoa humana, é o Estado que opera em função do acusado, do apenado, e não este que se submete, silenciosamente, sem impossibilidade de impugnação ao Estado. (GIACOMOLLI, 2008, p. 11-12)

Princípio que passa a ser correlato à ideia de dignidade é o do devido processo legal. Sua concepção atual está na máxima de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5, LIV, da Constituição Federal). Sua origem, contudo, remonta à Magna Carta Inglesa, de 1215, sendo que a expressão restou consagrada apenas na Lei Inglesa de 1354, onde constava que “nenhum homem, seja qual estado ou condição for, será expulso da terra ou domicílio, nem detido ou aprisionado, nem deserdado, nem punido com a morte, sem que isto resulte de um devido processo legal”. Assim, consagrou-se na Inglaterra a expressão *due process of law* (HARTMANN, 2010, 72).

Veja-se que a noção de devido processo legal ou justo processo pode ser observada sob dois enfoques: primeiro, deve-se analisar se o trâmite do processo atendeu às disposições legais e, segundo, se as próprias disposições legais estão de acordo com os princípios de justiça e não violam direitos fundamentais (HARTMANN, 2010, 75). Portanto, verifica-se que são dois níveis de análise: um sobre a higidez da realização do procedimento estabelecido em lei e o outro sobre a conformidade da própria legislação processual aos direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico. Portanto

[...] devido não é apenas o processo que é extrinsecamente justo (ou seja, do ponto de vista forma), mas exige que seja também intrinsecamente justo e equo, conforme valores escolhidos pelos homens livres, capazes de garantir uma justiça verdadeiramente imparcial, ou o mais imparcial possível. (HARTMANN, 2010, 78).

Dessa forma, pode-se concluir que devido processo é aquele que respeita os diversos princípios constitucionais erigidos pela sociedade e que representam, nos mais das vezes, conquistas (aprendizados) histórica(o)s. E, em sendo o devido processo legal aquele em que há a observância dos princípios (valores)

constitucionais, então devido processo legal é aquele regido também pelo princípio acusatório (HARTMANN, 2010, 78). Assim,

De regra, indicam os autores que o processo justo/devido/équico é aquele que respeita a igualdade, o contraditório, a defesa, a imparcialidade do juiz, juiz natural, dentre outros valores. Por isso tantos problemas quando se está diante de uma legislação infraconstitucional essencialmente inquisitória, como no caso brasileiro. A efetivação do devido processo legal depende da adoção de uma estrutura acusatória de processo, porque só esta é capaz de dar vazão a tais valores. (HARTMANN, 2010, 79)

O devido processo legal, portanto, é o “princípio-mãe”, que funda a necessidade de se ter um sistema processual penal acusatório, pois é ele capaz de dar maior efetividade aos princípios e valores constitucionalmente eleitos, a saber, principalmente: da ampla defesa, do contraditório, da imparcialidade, da inércia da jurisdição, da oficialidade, do *in dubio pro reo*, do juiz natural e da livre convicção motivada (HARTMANN, 2010, 79).

Tais princípios processuais quando conjugados e efetivados estruturam o processo penal que pretendeu o legislador originário: um processo penal acusatório, que clama por um juiz inerte, sem iniciativa probatória e equidistante das partes.

Nesse prisma, num primeiro momento, ganha relevo o resguardo constitucional do direito à ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal⁹), cujo amparo também se encontra no âmbito do direito internacional (art. 8º, 1, 2, “b”, “c”, “d” e “e”, do Pacto de São José da Costa Rica¹⁰). O fundamento de referida garantia

⁹ Art. 5º [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹⁰ Art. 8º

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

pode ser buscado, em princípio, nas teorias contratualistas de Hobbes, Locke e Rousseau (HARTMANN, 2010, 118).

Nesse sentido, quando da formação do pacto social e a formação do Estado, é consenso entre esses autores de que o homem não abdica de todos os seus direitos, permanecendo um conteúdo mínimo, incluindo nele a vida. Transplantando isso à matéria do processo penal e à noção constitucional de vida digna, enxerga-se que o acusado, quando submetido à investigação criminal, nada mais luta do que pela dignidade de sua vida, agora escorada na própria liberdade (HARTMANN, 2010, 118). Assim, a ampla defesa representa uma defesa legítima - inalienável, como um direito latente à própria condição humana da parte processual - que faça frente ao monopólio do poder de punir do Estado.

Dessa forma,

É possível defender que o direito à vida, e o seu exercício, mais especificamente o direito de defesa e o seu exercício (ou seja, meio de conservação da vida), devem ser efetivados pelo cidadão porque simplesmente nunca foram transferidos ao Estado. Nunca saíram do indivíduo. (HARTMANN, 2010, p. 119)

A ampla defesa é reconhecidamente contemplada quando presentes suas duas esferas: a autodefesa e a defesa técnica. A primeira esfera significa a participação do próprio sujeito passivo no processo, não sendo apenas objeto de interrogatório e perícias, mas realizando papel ativo na decisão final, inclusive, apresentando provas e examinando-as (HARTMANN, 2010, ps. 119-123).

Veja-se que a reconstrução dos fatos com a participação ativa do sujeito é ideia tipicamente de um sistema acusatório, ao contrário do que se passa “Nos países de tradição inquisitória, como é o caso brasileiro, [em que] de regra esse direito de se pronunciar é tratado de maneira distinta, ou seja, é um momento que não se preza pela defesa, mas sim se tenta tirar do acusado uma confissão” (HARTMANN, 2010, p. 123). Acrescenta-se que, no atual estágio do direito, a autodefesa é uma faculdade, tendo em vista que o silêncio não pode ser interpretado em desfavor do réu (*nemo tenetur se detegere*) (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 560).

A segunda esfera do direito à ampla defesa consiste na ideia de que o acusado deve estar tecnicamente amparado, exercendo a sua defesa de forma plena. E a plenitude de sua defesa não ocorre pela simples presença de advogado, mas de um profissional devidamente preparado e tecnicamente capacitado, que

possa participar do e tornar efetivo o contraditório (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 559-560). Na prática, contudo, “por toda a tradição inquisitória, bem assim, em suma, do neopositivismo e do processo penal do inimigo, observa-se em verdade um contínuo desrespeito ao direito de defesa dos acusados, especialmente quanto à defesa técnica” (HARTMANN, 2010, p. 136).

A ampla defesa, por sua vez, anda de mãos dadas com o princípio constitucional do contraditório, sendo imprescindível a efetiva observância também deste quando se pretende construir um processo penal democrático, realmente acusatório. Assim:

É a presença efetiva do contraditório (ou a oportunidade efetiva do contraditório, se se pensar na autodefesa, que é disponível) que garante, ainda, o efetivo exercício do direito de defesa ou, talvez, o direito de defesa condição essencial para o estabelecimento do diálogo. De todo modo, caminham certamente juntos, são interdependentes, um é, ao mesmo tempo, pressuposto e efeito um do outro. (HARTMANN, 2010, p. 88).

E o contraditório se realiza quando o juiz permite às partes se pronunciarem no processo, bem como está disposto a ouvi-las, mantendo-se o máximo possível equidistante delas. Trata-se de um pressuposto da natureza dialética do processo, sendo indispensável a comunicação dos atos do processo e o conhecimento sobre o inteiro teor da acusação (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 240). E nota-se que a iniciativa probatória do juiz se distancia dessa ideia, pois, quando a exerce, tem plena convicção de que a prova corrobora sua hipótese inicial e que, por isso, torna-se prescindível a oitiva das partes. Assim:

O ato de “contradizer” a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petítória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética (LOPES JUNIOR, 2012, p. 240)

O contraditório, por sua vez, nada mais é do que uma faceta do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal¹¹) materializada no processo, bem como do que uma característica fundamental para que se tenha um processo que atenda os anseios de um Estado que se repute democrático, com efetiva participação das partes. É, aliás, a participação efetiva das partes, a

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

realização de um verdadeiro diálogo e a construção de um ambiente democrático no processo, que dão a este legitimidade (HARTMANN, 2010, p. 87).

Portanto, a noção do contraditório inevitavelmente perpassa a ideia de “paridade de armas” e de igualdade substancial. De forma que um tratamento desigual apenas pode ser compreendido em favor do cidadão, de sua liberdade, pois é ele a parte evidentemente mais fraca quando comparado ao poder do Estado incorporado na figura Ministério Público. Daí porque, atualmente, a necessidade de oferecer adequada defesa técnica àqueles que não possuem condições financeiras de arcar com um profissional qualificado, o que revela a importância da estruturação de Defensorias Públicas (HARTMANN, 2010, p. 91).

No mais, “ainda que para muitos o contraditório não passe de um mito, o mito do triângulo, com acerto se posiciona FRANCO CORDERO, que afirma que ‘entre o mito do triângulo e aquele do juiz onisciente [expressão máxima dos sistemas inquisitoriais] eu prefiro o primeiro” (HARTMANN, 2010, p. 86).

Enfim,

É a presença do contraditório que traz o processo sua necessária estrutura dialética, que efetiva a oportunidade de participação dos interessados e que dá os contornos da relação entre cidadãos e Estado (Estado-juiz e Estado-Ministério Público). Um processo de partes, de índole acusatória, requer ampla oportunidade para que elas possam levar ao julgador os argumentos necessários para influenciar em seu convencimento. Em certa medida, consiste o contraditório ‘naquilo em que cada um dos sujeitos processuais oferece o próprio pensamento para repensar do outro. [...] uma troca de pensamentos [...]’ (HARTMANN, 2010, p. 86)

Portanto, com a efetivação do contraditório relega-se às partes o ônus processual da prova, ou melhor, relega-se ao debate entre as partes a função de reconstruir os fatos pretéritos, que são objetos da persecução penal. Conseqüência disso é o alcance em maior grau da observância do princípio dispositivo e da imparcialidade do julgador (LOPES JUNIOR, 2010, p. 559).

A imparcialidade, aliás, que não pode ser confundida com neutralidade e, muito menos, ser considerada como se fosse atributo natural decorrente da posição do juiz no processo. O discurso da neutralidade ganhou espaço no momento histórico em que se acreditava que o homem era capaz de, numa relação de conhecimento entre sujeito e objeto, anular suas concepções, apreendendo um saber imune às imperfeições humanas. Pregava-se, assim, a necessidade de se

seguirem determinados métodos ou técnicas como únicos meios capazes de se criar um conhecimento científico autêntico (COUTINHO, 2000, p. 3).

Segundo Coutinho (2000, p. 3):

A busca da neutralidade do sujeito tinha alguns motivos determinantes: 1º, a crença em uma razão que tivesse validade universal, servindo de paradigma para todos [...]; 2º, a necessidade de legitimar o discurso do Estado moderno nascente, que vinha falar em nome de toda a nação, uma vez que os sujeitos da história passaram a ser 'iguais' e não era mais possível sustentar os privilégios do clero e da nobreza: o Estado agora é de todos e, finalmente; 3º, a urgência em ocultar os interesses do Estado, ao contrário do que se acreditava, eram de classes; e não do povo como um todo.

Dessa forma, desconstruído o discurso metafísico da neutralidade e em certa medida do da imparcialidade, necessário se faz tornar esta uma meta a ser alcançada. Isso resulta na necessidade de se retirar dos juízes as máscaras da neutralidade e da imparcialidade, devendo assumir de vez a posição ideológica tomada. Não basta, no processo penal, as regras serem pré-definidas sem saber “contra quem se está jogando e qual o conteúdo ético e axiológico do próprio jogo” (COUTINHO, 2000, p. 3).

A superação do discurso da neutralidade, portanto, exige que o juiz assuma expressamente seu papel, o que, dentro de um Estado constitucional de direito, torna-se juridicamente aceitável apenas aquele que esteja comprometido com as garantias instituídas na Constituição Federal, reveladoras das “reais aspirações das bases sociais” (COUTINHO, 2000, p.3).

Desse modo,

O princípio da imparcialidade funciona como uma meta a ser atingida pelo juiz no exercício da jurisdição, razão por que se busca criar mecanismos capazes de garanti-la.

Desta forma, é forçoso reconhecer que a imparcialidade é uma garantia tanto para aquele que exerce a jurisdição, como para aquele que demanda perante ela; mas não deixa de ser meta optata. Única coisa que se não pode aceitar, na espécie, é uma visão ingênua, permissiva dos espíritos à moda Pilatos, que a tomam como algo dado por natureza (como evidente mecanismo de defesa) quando, em verdade, o que se passa é exatamente o contrário. (COUTINHO, 2000, p. 3)

E entre os mecanismos para se alcançar o maior grau de imparcialidade está o princípio da inércia da jurisdição, de modo que não pode o juiz exercer sua atividade de ofício. Tal princípio é o ponto de partida da construção de um sistema acusatório e está correlato à ideia de devido processo legal, de imparcialidade e equidistância do julgador (COUTINHO, 2000, p. 3).

A passividade do julgador evita a formação dos chamados “quadros mentais paranóicos”, expressão utilizada por Cordero e que resume aquilo que de mais corriqueiro existe num sistema inquisitório: o magistrado decide antes e, após, busca o material necessário para comprovar sua escolha. A inércia da jurisdição, portanto, é também um dos pressupostos para a construção de um processo penal de partes (COUTINHO, 2000, p. 3).

A concepção da inércia da jurisdição, aliás, é a razão de ser da impossibilidade de o juiz realizar julgamentos *ultra*, *extra* e *ultra petita*. Isso porque a sentença deve se ater aos fatos relatados na denúncia, justamente como forma de garantir que o acusado saiba pelo que está sendo processado e, assim, exercer de forma plena a sua defesa, fomentando o diálogo durante a instrução criminal. Dessa forma, a prestação jurisdicional deve ser restrita àquilo pela qual foi reclamada (COUTINHO, 2000, p. 3).

No mais, verifica-se que a influência do princípio da inércia da jurisdição deságua também na questão da prova no processo penal. A inércia do julgador representa o fato de o ônus probatório recair inteiramente nas mãos das partes, efetivando, como aludido, o contraditório e a solução do caso por meio de um diálogo. E no que se refere à produção de prova pelo juiz

[...] a história mostrou – e continua mostrando – não ser em nada melhor para o processo penal uma tal liberdade, justo porque mantém intacta a possibilidade – natural – de se decidir antes e tão-só depois, sair-se à cata da prova suficiente para justificar a decisão previamente tomada. (COUTINHO, 2000, p. 3)

A inércia do julgador, contudo, não significa que não deva ele dar impulso ao processo. O magistrado é responsável pelo cumprimento fiel do rito processual e deve, sobretudo, evitar procrastinações indevidas que tumultuem seu trâmite. Essa tarefa, entretanto, não pode deixar de lado os princípios constitucionais assegurados às partes processuais. O julgador, portanto, deve simultaneamente manter um estado de alheamento em relação ao caso penal, no sentido de não imiscuir-se na produção de provas, e zelar pela observância dos princípios constitucionais do processo (COUTINHO, 2000, p. 3).

À inércia do julgador pode-se dizer que se acrescenta um adjetivo: o princípio da oficialidade. Considerado mais um princípio relativo à ação, é ele o elemento que fornece a resposta à questão: quem inicia a investigação criminal e está incumbido de exercer a acusação (?) (COUTINHO, 2000, p. 3). A resposta a essa indagação

significa a demarcação dos papéis de cada sujeito processual, de forma que se pode concluir que o juiz não pode atuar como se órgão acusador fosse, inclusive no que diz respeito à produção de prova.

De fato, o princípio da oficialidade tem sua origem no sistema inquisitório, uma vez que era o juiz o órgão oficial legitimado a iniciar a investigação e elaborar uma acusação. Contudo, atualmente, esse princípio toma uma outra dimensão na medida em que delimita, expressamente, o responsável pela investigação pré-processual, bem como para intentar a ação penal. A Constituição Federal, nesse sentido, no capítulo referente à Segurança Pública, estipula que a investigação ou apuração de crimes, respeitadas as atribuições arroladas nos arts. 144, §1º e §4º, da Constituição Federal¹², cabem à Polícia Federal e à Polícia Civil que, no caso, exercerá atividade de polícia judiciária. Por sua vez, o art. 129, I, da Constituição Federal¹³ atribui ao Ministério Público a função privativa de promover a ação penal pública (COUTINHO, 2000, p. 3; NUCCI, 2012, p. 110). Com isso, definitivamente, há a separação das funções de investigar e acusar da função de julgar. Assim,

[...] deve-se observar que, mesmo com superação do sistema inquisitório puro e com a diferenciação dos órgãos acusador e julgador, tem-se que o princípio da oficialidade, juntamente com o princípio da legalidade, permite

¹² Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: "(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

[...]

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

¹³ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

um maior controle da atuação daquele que inicia a persecução penal (COUTINHO, 2000, p. 3)

E essa característica, entre as outras que orbitam o núcleo fundante do processo acusatório, é aquela que mais se aproxima dele. A importância da separação das funções de acusar e julgar, por isso, é muitas vezes ressaltada pela doutrina nacional como elemento fundamental para que se reconheça a existência de um processo penal acusatório. Nesse sentido, Lima afirma que:

Com a adoção do Sistema acusatório pela Constituição Federal (art. 129, inc. I), restou consolidada a obrigatoriedade de separação das funções de acusar, defender e julgar, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório. Esse sistema de divisão de funções no processo penal acusatório tem a mesma finalidade que o princípio da separação de poderes do Estado: visa impedir a concentração de poder, evitando que seu uso se degenere em abuso. Com essa separação de funções, aliada à oralidade e publicidade, características históricas do sistema acusatório, e com partes em igualdade de condições, objetiva-se a preservação da imparcialidade do magistrado [...] (LIMA, 2011, p. 874)

Dessa forma, colocam-se os sujeitos processuais em seus devidos lugares: o juiz, órgão oficial de jurisdição, inerte e posicionado acima das partes; o Ministério Público, órgão oficial de acusação, a quem incube o ônus de provar a autoria e a materialidade delitiva, ou melhor, os fatos narrados na denúncia (ou o querelante); e o réu, que possui a faculdade de apresentar a sua defesa, respeitada a garantia de lhe ser proporcionada uma defesa técnica capacitada. Assim, mais uma vez, conclui-se que o ônus probatório recai inteiramente sobre as partes.

Desenhado esse quadro processual, ganha também destaque o princípio constitucional do *in dubio pro reo*, cujo núcleo pode ser retirado do mandamento de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da Constituição Federal). Tal dispositivo deixa evidente a opção da Constituição Federal em relegar o ônus da prova do crime ao órgão acusador, uma vez que, desde o início da investigação criminal, recai sobre o sujeito passivo a presunção de inocência (ARMBORST, 2008 pg. 29). Além disso:

Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio de maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição ‘negativa’ (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente). (LOPES JR., 2012, p. 237)

Por isso, completando o pensamento,

A formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento

(rechaço à figura do juiz-inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e consagração do juiz de garantias ou garantidor) (LOPES JR., 2012, p. 237)

Veja-se que tal princípio é consequência lógica de um ordenamento jurídico que prima pela liberdade, pois ainda que dê margem a certa impunidade, imuniza aqueles que são, sem dúvidas, inocentes. Portanto, vale a máxima de que mais vale mil culpados soltos do que um inocente condenado (LOPES JR., 2012, p. 236).

Mas não é só isso. O princípio é um informativo ao magistrado sobre a necessidade de ele se comportar de maneira passiva, deixando um espaço aberto para se efetivar dialeticidade do processo. Há um indicativo do comportamento que o magistrado deve manter durante o seu trâmite: não há que intervir no diálogo travado entre as partes; não deve, portanto, realizar diligências probatórias de ofício (HARTMANN, 2010, p. 129).

A ausência de elementos suficientes trazidos por esse diálogo das partes deve, então, conduzir, inevitavelmente, à absolvição. E não há qualquer desproporcionalidade nessa conclusão, pois o Estado construiu um órgão acusatório muito bem estruturado e com um corpo de membros altamente capacitados, que é representado na figura do Ministério Público (HARTMANN, 2010, p. 129).

Segundo Armborst (2008, p. 28):

Se a prova for insuficiente para convencer o magistrado sobre a procedência da hipótese acusatória, caberá a ele absolver o acusado, e não diligenciar na obtenção de novas provas. Os poderes instrutórios do juiz, nesse contexto, só podem se destinar a favorecer a acusação, haja vista que, para a absolvição, não há a necessidade de qualquer prova. Assim, tendo em conta que, no sistema acusatório, o imputado é considerado sujeito de direitos, fazendo jus à garantia da presunção de inocência, mostra-se inconcebível admitir a iniciativa probatória judicial.

Assim, os princípios constitucionais revelam, em conjunto, a opção por um sistema processual penal acusatório e a consequente impossibilidade de o juiz produzir provas de ofício.

E além dos princípios já elencados, há ainda aqueles que, apesar de apresentarem um raio de órbita maior, circundam e influenciam o sistema processual penal adotado. É o caso dos princípios do juiz natural e do livre convencimento motivado.

Quanto ao primeiro princípio, Khaled Jr. (2010b, p. 85) afirma que

O princípio do juiz natural, por sua vez, não é um atributo do juiz, mas verdadeiro pressuposto de sua existência e consiste no direito de que o cidadão saiba de antemão a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou

tribunal irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico penal.

Esse princípio está positivado no art. 5º, LIII, da Constituição Federal, preceituando que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Referida garantia evita que a acusação escolha o magistrado que mais lhe convém ou mesmo que se constituam tribunais *ad hoc*. Trata-se, bem na verdade, de mais uma proteção constitucional à efetivação dos demais princípios (LOPES JUNIOR, 2012, pg. 449 - 450).

No aspecto histórico, o princípio do juiz natural está ligado ao pensamento iluminista, pois adveio como uma forma de resposta aos privilégios que existiam nas justiças senhoriais. Consolida-se, dessa forma, uma garantia de que os indivíduos passariam a ser julgados por um mesmo tribunal, previamente definido em lei. Portanto, um pressuposto da imparcialidade do julgador, que também é meta num sistema processual penal acusatório (COUTINHO, 2000, p. 3).

Em suma, na lição de Coutinho (2000, p. 3), a ausência da garantia do juiz natural

[...] poderia abrir um precedente capaz de possibilitar a escolha de um juiz “mais interessante” para o julgamento de determinados casos, depois desses terem acontecido, segundo critérios pessoais (mais liberal ou mais conservador, por exemplo), o que pode indicar na direção da suspeita da imparcialidade (em juízo *a priori*, naturalmente), algo sempre abominado pela reta Justiça

Portanto, todo indivíduo deve saber de antemão qual o órgão competente para julgar o seu caso, vez que a garantia do juízo natural, constitucionalmente estabelecida, exige que haja lei anterior à própria ocorrência do fato (crime) que o estabeleça (LOPES JUNIOR, 2012, p. 449).

Em relação ao princípio do livre convencimento motivado, verifica-se que seu núcleo se encontra positivado na Constituição Federal em seu art. 93, IX, o qual preceitua que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões”. Referida garantia é uma conquista histórica, de superação ao antigo tarifamento de provas prevalente nos sistemas inquisitoriais, em que se tratava a confissão como “rainha das provas” (LOPES JR., 2010, ps. 560-563).

Nesse sentido, ao longo da história, arquitetaram-se diversos sistemas de avaliação da prova. Como primeiro deles, é possível encontrar o sistema místico ou religioso, em que se acreditava ser “Deus” o destinatário dela. Assim, realizavam-se

verdadeiros desafios (prova da fogueira, prova da cruz, entre outros) em que a sobrevivência do acusado indicava sua inocência (HARTMANN, 2003, p.110).

Num segundo quadro, configurou-se como sistema de avaliação de prova chamado de tarifação legal ou certeza moral do legislador, que prevaleceu, como visto, sobretudo no sistema inquisitorial da Idade Média. Nesse sentido, conforme Hartmann (2003, p. 111):

[...]o sistema das regras legais não é inerente à forma inquisitória, mas foi no processo inquisitório medieval que teve mais largo desenvolvimento'. Mas por que no processo inquisitório? Porque em tal sistema se desconfiava do julgador, e o legislador, de antemão, determinava a hierarquia entre as provas, que fundaria a estrutura do julgamento. Como o acusado era bastante exposto ao inquisidor, retirava-se dele a tarefa de avaliar, valorar a prova, a responsabilidade caso houvesse avaliado, pois estava tudo predeterminado.

Assim, o tarifamento da prova significava uma garantia retórica ao réu, vez que se legitimava pelo discurso de que o processo deveria se distanciar da subjetividade do julgador. Contudo, o juiz ainda era assim o gestor da prova, o que não impediria ele de ir em busca daquela que mais valia: a confissão (HARTMANN, 2003, p.111).

De fato, o inconveniente desse sistema tarifado de provas estava em criar situações em que o magistrado julgava contrário do que acreditava ser a verdade. Apesar disso, acredita-se que esse sistema foi o símbolo da humanização do processo penal, vez que agora "O indivíduo deveria ser reputado inocente até que efetivamente se comprovasse que tinha praticado um delito e, para chegar a tal conclusão, o juiz deve usar não formas rituais, mas instrumentos comuns" (HARTMANN, 2003, p.113).

A esse sistema contrapôs-se o sistema da certeza moral do juiz, cuja origem remonta às ideias liberais da Revolução Francesa. O legislador deixa de preestabelecer valores hierárquicos às provas, deixando que essa avaliação fique a cargo exclusivamente do magistrado. Assim, a admissibilidade e a avaliação das provas passam a depender do arbítrio do julgador, da sua íntima convicção (HARTMANN, 2003, p.114).

Enfim, superada essa última fase, chega-se à concepção de avaliação de prova prevalente na contemporaneidade e esposada pelo ordenamento brasileiro e que vem atender, em maior grau, os reclames de um processo penal acusatório: é o livre convencimento ou a persuasão racional. O sistema processual de avaliação de

prova começou a reclamar por um critério metodológico, capaz de atribuir cientificidade à atividade cognitiva do juiz e diminuir, em tese, a possibilidade de erro (HARTMANN, 2003, p.115).

Assim, “O livre convencimento deve conjugar a lógica e a experiência, sem excessivas abstrações de ordem intelectual, mas observando sempre os preceitos e métodos que tendem a assegurar o mais acertado e eficaz raciocínio” (MARQUES *apud* HARTMANN, 2003, p. 114).

Portanto, a decisão do juiz deve advir de sua interpretação das provas contidas nos autos, de modo que deva ser realizada de forma fundamentada. É isso, aliás, o que atualmente se exige no art. 93, IX, da Constituição Federal, de modo que a prova passa a não ser “produzida apenas para o juiz, mas também (e em igual nível) para as partes do processo e para os outros juízes que possam vir reapreciar a matéria em sede de recurso” (HARTMANN, 2003, p.115). Dessa forma, as partes também se tornam destinatárias das decisões judiciais, o que é relevante quando se pretende construir um ambiente processual democrático.

Desse modo, a importância desse princípio está no fato de que a observância dele impõe limites ao magistrado que, agora, não pode basear sua convicção em provas que não atendam os ditames constitucionais, feitas, por exemplo, ao arrepio do contraditório em prejuízo à dialeticidade do processo e a construção de um processo de partes, de um processo regido pelo princípio acusatório (HARTMANN, 2003, p.115).

Enfim, diante do concatenamento dos diversos princípios explícitos (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, *in dubio pro reo*, juiz natural, livre convencimento) e implícitos (imparcialidade, inércia da jurisdição, oficialidade) torna indubitosa a escolha feita pelo legislador originário por um processo penal acusatório, e a consequente impossibilidade do juiz produzir provas de ofício (ARMBORST, 2008 pgs. 27-31).

Aliás, a ausência de norma expressa a respeito do sistema processual eleito não é óbice ao reconhecimento do princípio acusatório, uma vez que a própria Constituição Federal indica, numa análise sistemática, que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República

Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º, da Constituição Federal¹⁴) (ARMBORST, 2008 pgs. 29).

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SOB A PERSPECTIVAS DE UM ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Depois de elencado o imenso rol de princípios consagrados na Constituição Federal, parece que o único obstáculo à construção de um sistema acusatório a ser derrubado é a cultura punitivista que se instaurou no Judiciário, muito difundida pelo senso comum e pela mídia, os quais, clamando por mais rigor na lei penal, encontram-se imbuídos na ideia rasa de que a paz social tem como pressuposto a restrição de direitos fundamentais. Vislumbram, assim, no direito penal e no processual penal, a primeira das opções para a solução da criminalidade, quando em verdade ela está muito mais relacionada a problemas econômico-sociais-políticos do país.

O Poder Judiciário abarca essa ideia de forma acrítica e cegamente tenta resolver problemas que se originam da política-social-econômica (e que, em última análise, apenas podem ser resolvidas por medidas político-sociais-econômicas) por meio de punição a qualquer custo. Judicializa-se, então, o que não deve ser judicializado sob o discurso da busca da “justiça” – “justiça” de quem e para quem?

Enfim, esquecem-se as garantias constitucionais e convalidam-se as disposições infraconstitucionais de cunho inquisitorial como instrumento à manutenção do *status quo*, o que não condiz com a condição de última *ratio* do direito penal e processual penal, tornando-se, muitas vezes, mais um veículo de exclusão e desigualdade social, na contramão do que pretende uma democracia substancial. Nesse sentido:

[...] a curiosidade de termos declarações de direitos fundamentais em nossas constituições desde o Império coexistindo com regimes políticos autoritários explica-se facilmente. Preconizar que todos são iguais perante a lei e admitir a escravidão, enunciar regras de devido processo legal e

¹⁴ Art. 5º [...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

instituir tribunais de exceção, como no Estado Novo, e permitir o exílio e a eliminação de dissidentes políticos, como no pós-64, servem apenas para iluminar de forma especial aquilo que sempre foi o cotidiano da Justiça Penal no Brasil até 1988: o controle social punitivo como forma de reduzir, conscientemente ou não, as resistências políticas ao projeto de perpetuação das oligarquias.

Durante a maior parte do tempo a não-implementação dos direitos fundamentais que constituem garantias processuais não foi no Brasil a resultante de uma disfunção política gerada pela inabilidade dos governantes e das elites cultas. Na realidade, sempre que parte deste mesma elite esteve às voltas com questões criminais, as regras de proteção das diversas cartas constitucionais atuaram de maneira satisfatória. O dado não-funcional está em que historicamente estamos submetidos a uma espécie de esquizofrenia jurídica por meio da qual houve uma clara cisão entre dois grupos: de um lado, aqueles para os quais as regras constitucionais realmente valiam e continuam valendo; do outro, a imensa maioria, que sequer tem conhecimento do que seja direito fundamental e não tem a menor idéia de sua relevância na manutenção de um pacto político da expressão da Constituição da República. (PRADO, 2004, p.103-104)

E segundo Cademartori e Xavier (2001, p. 19):

De fato, de nada servem declarações de direitos fundamentais estabelecidas ao nível mais alto dos ordenamentos se a sociedade não dispuser de mecanismos capazes de torna-los efetivos. Verifica-se assim uma tremenda defasagem entre a vontade da sociedade, expressa em nível constitucional, e as práticas concretas de diversos Estados, sempre tendentes a avassalar os direitos consagrados no ordenamento, principalmente no que tange aos direitos sociais.

De outro lado, o Estado de Direito, pensado por seus fautores como poder político limitado pelo direito, e fruto das lutas sociais dos últimos séculos, vem desconhecendo limites em nome de eventuais maiorias aclamativas, fruto de consensos fabricados pela manipulação mediática. Em nome de uma suposta governabilidade medida por padrões de ordem predominantemente econômica, esquecem-se os governantes de voltar os olhos para as necessidades e valores sociais, descuidando da função precípua do Estado de Direito, que é a de sua submissão à sociedade, já que é produto da vontade da mesma.

O processo penal, então, também se insere nessa lógica na medida em que é um instrumento de que se vale para se manter tudo como está, ou seja, mais um meio de seletividade penal, que nos mais das vezes é utilizado à revelia dos princípios constitucionais garantidos a todos os cidadãos (PRADO, 2004, ps.103-104).

Diante disso, a superação dessa visão (des)legitimadora e a retomada do papel do processo penal como verdadeiro instrumento de realização dos princípios constitucionais, por conseguinte, perpassa por uma reformulação paradigmática, que estabeleça a Constituição Federal no centro da relação Estado *versus* jurisdicionado, proporcionando a realização dos valores democraticamente eleitos como essenciais para assegurar a este o exercício pleno da cidadania e, em última análise, de uma

vida digna. E, nesse sentido, com o objetivo de se justificar a necessidade de concretização dos princípios constitucionais encontra-se a noção de Estado Constitucional de Direito, abordada pelo paradigma garantista (KHALED JR. 2010a, ps. 80-83).

E essa noção de Estado Constitucional de Direito perpassa, invariavelmente, pelo pressuposto apriorístico de “centralidade da pessoa e de seus direitos fundamentais, bem como da anterioridade lógica da sociedade em relação ao Estado, que é visto como produto e servo daquela.” (CADEMARTORI; XAVIER, 2001, p. 20), o que pode ser encarado como a retomada do papel de instrumentalidade do processo penal e o reconhecimento do réu como sujeito de direito constitucionalmente garantidos.

Sob esse espectro, para a busca da formação de um Estado nesses moldes, importará a distinção que o paradigma *garantista* traz acerca da distinção entre vigor e validade da norma.

Essas noções possuem especial importância na análise da legislação processual penal, pois com eles superam-se completamente as teses de que a Constituição possui natureza meramente política (Lassale) ou é constituída apenas por normas programáticas e adereços decorativos, devendo a lei ordinária, para ser considerada válida, estar em conformidade com os ditames da Carta Magna (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 6-22; KHALED JR., 2010, p. 81).

Traz-se à tona, então, primeiramente, as noções de mera legalidade e de estrita legalidade. A primeira relacionada à existência de normas positivadas que expressam o conteúdo da norma jurídica e “é pressuposto que garante a certeza dos conteúdos das garantias materiais constitucionalmente positivadas” (CADEMARTORI; XAVIER, 2001, p. 20), de modo que “é condição necessária, mas não suficiente, para a garantia e certeza do Direito” (CADEMARTORI; XAVIER, 2001, p. 20). Dessa forma, não se nega que deva haver uma norma positivada para ser assim considerada juridicamente existente, apenas se afirma que a sua existência jurídica não é suficiente para considerá-la válida (CADEMARTORI; XAVIER, 2001, p. 20).

Atenta-se que,

Conforme refere Ferrajoli, o modelo positivista clássico reduzia a validade de uma norma à sua existência jurídica (Hobbes, Bentham, Kelsen, Hart, Bobbio e tantos outros) – considerando-a apenas como mero produto de um

ato normativo de acordo com as normas que regulam sua produção. Jamais entrava em questão o significado ou o conteúdo normativo das normas produzidas. (KHALED JR., 2010, p. 80)

Com a noção de Estado Constitucional de Direito, supera-se, pois, a visão cética do positivismo jurídico e busca-se uma visão material da norma, que a partir disso tem sua validade condicionada à sua conformidade em relação à Constituição, ou melhor, deve atender à estrita legalidade. Assim,

Sem dúvida, a mera legalidade é uma concepção insuficiente para os modernos Estados Democráticos de Direito, onde se exige também a conformidade dos significados dos enunciados normativos produzidos e valoração da correspondência do seu conteúdo com o “dever ser” jurídico estabelecido por normas superiores, de natureza constitucional. Trata-se de estrita e não de mera legalidade. Esse é um diferencial importante dos Estados Democráticos de Direito que aponta o caminho a seguir em busca de uma jurisdição penal como direito fundamental. (KHALED JR., 2010b, p. 80)

Dessa forma, observar a estrita legalidade significa reformular a própria concepção de Estado Democrático de Direito na medida em que uma norma não é mais válida somente porque criada pela autoridade competente no âmbito do Estado; deve ela também corresponder aos valores constantes na Constituição, como modo de construção de uma democracia substancial, não restrita à vontade de uma “maioria” opressora, mas compromissada também com os direitos fundamentais conquistados ao longo da história por uma “minoria”. Nesse sentido:

Os direitos constitucionalmente garantidos operam, então, não como fonte de legitimação, mas ao contrário, como fonte de deslegitimação do poder. Nenhuma maioria poderia, portanto, decidir contra esses direitos, e se o fizer, está-se distanciando do Estado de Direito como definido por FERRAJOLI, ou da democracia substantiva. Existe assim, num Estado de Direito, assuntos sobre os quais não se pode decidir e assuntos sobre os quais não se pode deixar de decidir, ainda que por maioria.

A constatação de que o cidadão é o único intérprete autorizado de seus interesses não contradiz o papel garantista das regras substanciais de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não podem ser estabelecidos à revelia de seus titulares e realmente não são. São estes resultado de um processo histórico. A Constituição, contrato social escrito, onde estão positivados aqueles direitos, é a expressão de uma maioria qualificada. A sua diferença quanto a outros direitos decorre de, sendo nela positivados os direitos fundamentais, eles valem independentemente da vontade da maioria. (CADEMARTORI; XAVIER, 2001, p. 20)

Desse modo, a legitimação do *jus puniendi* exercido através do processo penal não é satisfazer simplesmente a vontade da maioria. Ao contrário. Legitima-se na medida em que se compromete com a realização de uma democracia substancial, com a observância das garantias constitucionalmente asseguradas.

Na esteira da diferenciação de mera legalidade e estrita legalidade, importa ao processo penal a diferenciação entre vigência e validade da norma, com a qual se afasta de vez da concepção positivista do direito (KHALED JR., 2010b, p. 81).

Nessa linha,

Como aponta Ferrajoli, efetivamente, existem normas acerca da produção de normas, que se tornam inválidas se violam princípios constitucionais de direitos humanos. Não se trata somente de regularidade formal, mas material também. Portanto, uma norma pode ter **vigência (formal)**, observando-se apenas o critério de legitimidade jurídica formal, mas não ter **validade (material)** por estar em desconformidade com significados ou conteúdos normativos delimitados constitucionalmente. (KHALED JR., 2010b, p. 81)

A diferenciação de vigência e validade da norma significa, portanto, o compromisso de tornar eficaz a Constituição, a qual passa a ser considerada o núcleo principiológico de todo o ordenamento jurídico e cuja realização é pressuposto para a formação de uma democracia substancial. Do *status* de Estado Democrático passa-se à perspectiva de um Estado Constitucional de Direito (KHALED JR., 2010b, p. 81).

Dessa forma, o direito não mais se restringe à concepção juspositivista contemporânea de que vigência e validade se equivalem, proposta essa que, embora possivelmente sem essa finalidade, foi base para sustentar a legitimar governos absolutistas e ditatoriais. Altera-se, por consequência, o parâmetro de análise sobre a legislação processual penal, que, apesar de poder estar formalmente válida (vigente), pode ser tida como inválida quando confrontada com os princípios eleitos pela Constituição (KHALED JR., 2010b, p. 81).

Conforme elucida Khaled Jr. (2010b, p. 81):

Em um Estado Absoluto, a resposta à questão “quando e como punir?” é muito simples: “quando e como queira o soberano”. Já no Estado Democrático [Constitucional] de Direito, são normas constitucionais que oferecem as respostas aos problemas do “quando” e do “como”. Para Ferrajoli, dependendo do caráter vinculante das respostas, um sistema será mais ou menos garantista, mais ou menos de ‘direito’. Dessa forma, a técnica de legitimação interna própria do direito penal consiste em vinculações ou imperativos negativos que prescrevem ao legislador e/ou juiz, quando e como punir, não proibir, não julgar, etc. Em um Estado Democrático [Constitucional] de Direito, resultam vinculantes para todas as normas de nível inferior, uma distinção muito importante em relação ao contexto do positivismo clássico de outrora.

Dessa forma, conclui-se que

Os direitos fundamentais constituem-se como duplo núcleo de legitimação e limite da intervenção jurídico penal. O limite dado por esse núcleo principiológico constitucional se manifesta (ou deveria se manifestar) tanto

em sede de aplicação da norma quanto da sua elaboração, sendo essa a especificidade que distingue os Estados Democráticos (Constitucionais) dos antigos Estados de Direito do século XIX e dos Estados Absolutistas. (KHALED JR., 2010b, p. 81)

Nesse contexto, como forma de legitimar democraticamente o próprio exercício do monopólio da punição por parte do Estado, necessária se faz a observância dos princípios constitucionais, que constituem limites ao uso desse poder punitivo (KHALED JR., 2010b, p. 81).

Assim, o problema central do processo penal, que se funda na contradição entre as disposições de caráter acusatório na Constituição e a legislação ordinária marcadamente inquisitória (COUTINHO, 2007, p. 11-13), pode ser solucionado pela noção de Estado Constitucional de Direto que se encontra dentro do paradigma *garantista*, na medida em que devem ser consideradas inválidas todas as normas que não amoldem à constituição e, por conseguinte, não se amoldem ao sistema acusatório.

3 REVISITA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL: O LIMITE DA INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ E AS PERSPECTIVAS DE MUDANÇA

Depois da compilação dos entendimentos que se adotam na jurisprudência e na doutrina brasileira, constata-se que, em razão de uma leitura isolada do Código de Processo Penal, tentando conciliar o inconciliável, a posição predominante é de que o juiz pode, de maneira complementar, suplementar ou na busca da verdade material, produzir prova de ofício. Tudo isso camuflado pelo discurso de que, dessa forma, não se fere o sistema constitucional acusatório.

Por outro lado, superado o discurso da verdade real e analisado os princípios constitucionais processuais, verificou-se que omissão constitucional não é óbice ao reconhecimento de que o legislador constitucional originário, ante os princípios adotados, almejou construir um sistema processual penal efetivamente acusatório (ARMBORST, 2008, pg. 29; COUTINHO, 2007, p. 11-13).

A opção da Constituição pela defesa de direitos fundamentais e a consequente exigência de que o Código de Processo Penal seja um de seus instrumentos de efetivação requer uma releitura deste diploma normativo, devendo observar se seus dispositivos atendem a condição de validade (conteúdo) (ARMBORST, 2008, pg. 29).

A noção de supremacia da Constituição e o *status* constitucional do princípio acusatório (ARMBORST, 2008, pg. 27-31 e 33), assim, revelam duas questões imediatas: como deverão ser tratadas as normas que atribuem iniciativa probatória ao juiz ante a pretensão de se construir um verdadeiro Estado Constitucional de Direito? E qual a influência dessa noção sobre a concepção teórica dominante de processo e sobre a prova produzida pelo juiz?

Enfim, após essa análise, em paralelo, deve-se verificar quais perspectivas de mudança para um novo Código de Processo Penal.

3.1 PROCESSO PENAL: A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO, AS IMPLICAÇÕES NORMATIVAS E A SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO INQUISITIVO

A noção de Estado constitucional, perpassando pela necessidade de concretização de direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna, revela que atualmente esta não é apenas mais uma norma incluída no ordenamento, mas uma lei fundamental que possui um caráter de supremacia sobre as demais (ARMBORST, 2008, p. 33).

Segundo Armborst (2008, p. 33),

A proeminência hierárquico-normativa da Constituição decorre da idéia de que 'a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental', o que faz com que o produto do exercício do poder constituinte, a Constituição, se situe no vértice do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade de todas as demais normas.

A real supremacia constitucional depende do reconhecimento de que a Carta Magna, como lei que é, possui força normativa, sendo dotada de efetividade e aplicabilidade, não mais encontrando guarida as teses, predominantes até as primeiras décadas do século XX, que lhe atribuíam mero 'valor declaratório' ou um caráter 'programático despido de força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis'.

Assim, a validade da lei ordinária passa a ser condicionada à sua conformidade material com a Constituição. Dessa forma, é possível concluir que se a lei ordinária não observa os ditames constitucionais, recai sobre ela consequência normativa inevitável: a sua inconstitucionalidade (ARMBORST, 2008, pg. 33-34).

Assim,

Luigi Ferrajoli aponta duas dimensões de regularidade ou legitimidade das normas: a *vigência*, ou existência, que diz respeito à conformidade dos atos normativos com as normas que regulam sua formação; e a *validade*, que, em se tratando de leis, equipara-se à constitucionalidade, dependendo da coerência com as normas substanciais sobre a sua produção. Trata-se, portanto, de dois conceitos assimétricos e independentes entre si, pois, enquanto a vigência, que guarda relação com a forma dos atos, encerra uma questão de subsunção (ou de correspondência) entre as formalidades dos atos produtivos de normas e as normas formais de produção; a validade, concernindo ao significado, traduz, pelo contrário, uma questão de coerência ou compatibilidade das leis produzidas com as normas de caráter substancial sobre a sua produção. (ARMBORST, 2008, pg. 34)

Dessa forma, é possível afirmar que o vício no plano da validade, em verdade, constitui-se em inconstitucionalidade da lei ordinária, consequência normativa que interfere no seu plano de eficácia, pois reconhecido o vício deve-se, a todo o tempo, determinar-se sua inaplicabilidade. O reconhecimento do vício acarreta a nulidade da norma, que por ter caráter declaratório possui efeito *ex tunc*. Assim, o juiz, ao aplicar a legislação ordinária, possui a incumbência de verificar a conformidade dela com a Lei Maior, interpretando aquela conforme esta e acusando a ocorrência de eventual inconstitucionalidade (ARMBORST, 2008, pg. 33).

Segundo Luigi Ferrajoli (*apud* AMBROST, 2008, p.34):

A sujeição do juiz à lei já não é, como no velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja seu significado, mas sim sujeição à lei enquanto válida, é dizer, coerente com a Constituição. E, no modelo constitucional-garantista, a validade já não é um dogma associado a mera existência formal da lei, mas sim uma qualidade contingente da mesma, ligada à coerência de seus significados com a Constituição, coerência mais ou menos opinável e sempre remetida à valoração do juiz. Disso se segue a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de eleger os únicos significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por ela estabelecidos. Isto e não outra coisa – diga-se de passagem – é o que entendíamos há vinte anos com a expressão 'jurisprudência alternativa [...]': interpretação da lei conforme a Constituição e, quando o contraste for insanável, dever do juiz questionar a validade constitucional; e, portanto, nunca sujeição à lei de tipo acrítico e incondicionado, mas sujeição, antes de tudo, à Constituição, que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através de sua re-interpretação em sentido constitucional e a denúncia de sua inconstitucionalidade.

Anota-se que uma interpretação conforme a Constituição apenas pode ser legítima se o próprio dispositivo possui um campo de interpretação plausível, permitindo que entre diversos sentidos possa se retirar aquelas que se adeque à Carta Magna. Por outro lado, ante a impossibilidade de conformar o preceito legal aos mandamentos constitucionais sem que seja necessário alterar a redação do dispositivo, deve-se reconhecer a nulidade deste, em respeito à supremacia da Constituição (ARMBORST, 2008, pg. 35).

Em que pese estar sob uma mesma perspectiva, outro fenômeno ocorre com a legislação anterior à publicação da Magna Carta vigente: é a recepção ou a revogação. Assim,

Relativamente ao *direito pré-constitucional* incompatível com a nova ordem constitucional, fenômeno diverso ocorre. É que, neste caso, as normas jurídicas editadas sob a égide da Constituição anterior deixam de ser aplicáveis não por motivo de nulidade, mas sim em virtude da *revogação* resultante da entrada em vigor da nova Lei Maior, o que se opera no plano da vigência.

Com efeito, as relações entre uma nova Constituição e os atos normativos a ela anteriores, tais como o Código de Processo Penal brasileiro, situam-se na confluência de dois princípios: o da continuidade da ordem jurídica e o da supremacia da Constituição. Assim, enquanto o primeiro procura preservar a vigência e a eficácia da legislação anterior ao advento da Carta, evitando o surgimento de um enorme vácuo legislativo no ordenamento jurídico, o segundo, limitando aquela tentativa de preservação, determina que só podem continuar vigendo as normas que guardem harmonia com a Lei Fundamental.

Nesse quadro, a consagração pela Constituição Federal de 1988 do princípio acusatório, dentro de um paradigma em que reconhece a sua supremacia normativa, irá resultar em duas consequências diversas àquelas normas que se apresentam

inconciliáveis com a nova ordem constitucional. Primeiro, a revogação (não recepção) da redação original dos dispositivos do Código de Processo Penal e das reformas ocorridas anteriormente à edição da Constituição que atribuem iniciativa probatória ao juiz. E segundo, a nulidade (invalidade) dos dispositivos legais editados após a Constituição e que atribuem poderes instrutórios ao juiz (ARMBORST, 2008, pg. 36).

Dessa forma,

Inicialmente, cumpre observar que, malgrado a legislação ordinária não tenha acompanhado a evolução constitucional, tal fato não deve se erigir a obstáculo capaz de fazer com que o juiz ignore a mudança principiológica constitucional e continue a aplicar, sem qualquer juízo crítico, a norma infraconstitucional. Ao contrário, cabe ao intérprete reconhecer a força normativa de que é provida a Magna Carta, de modo a atribuir-lhe a efetividade e aplicabilidade que possui, cuidando sempre de proceder à tentativa de adaptação das leis processuais penais em conformidade com o sistema acusatório e, em caso de incompatibilidade insanável, negar-lhes aplicabilidade. Logo, é dever do magistrado pautar sua atuação pela Constituição Federal, independentemente de sua postura filosófica-jurídica ou política e, até mesmo, do entendimento jurisprudencial dominante. (ARMBORST, 2008, pg. 36)

Assim, é possível concluir que todos os dispositivos do Código de Processo Penal, que sejam anteriores à Constituição, tais como os arts. 168, 196, 209, 234, 242 e, principalmente, 156, do mesmo Diploma devem ser considerados revogados (não recepcionados), na medida em que não admitem interpretação conforme a Constituição, existindo incompatibilidade insuperável. E não apenas isso. Qualquer outra disposição legal que também contrarie a opção pela Constituição por um sistema acusatório e é anterior a esta também deve ser assim considerado (ARMBORST, 2008, pg. 36).

Nesse sentido, Coutinho (2009, p. 113) afirma que

[...] a opção pela base do Sistema Acusatório é uma prestação de contas com a realidade, principalmente porque depois de 1988 não mais faz sentido – começando pela inconstitucionalidade – nenhum ordenamento que se coloque de forma incompatível com a Constituição.

No caso específico do art. 156, do Código de Processo Penal, que viabiliza a iniciativa probatória do juiz tanto na fase policial como na judicial, ressalta-se que as recentes modificações operadas pela Lei 11.690/08 não possuem o condão de tornarem válidas as suas disposições, pois não há que se falar em efeito “constitucionalizante” quando a situação não foi recepcionada pela Constituição (ARMBORST, 2008, pg. 37).

Assim, num contexto de bipolaridade entre os ditames constitucionais de um lado e as leis ordinárias de outro, não pode o juiz atuar de forma acética, aplicando estas últimas por mera subsunção. Deve o magistrado estar atento às condições de validade da norma, procurando efetivar a Lei Maior. Para isso precisa ter um papel de garantidor e, enquanto inexistente posição consolidada do Superior Tribunal Federal, deve lançar mão do meio processual adequado para sanar a incompatibilidade da lei processual frente à Constituição, qual seja, o controle difuso de constitucionalidade (ARMBORST, 2008, pg. 37).

Assim, é com a observância do princípio da supremacia da Constituição, colocando-a no vértice do sistema jurídico, que se é possível solucionar esse embate legislativo, superar o sistema inquisitivo e operar, de vez, a Carta Magna (ARMBORST, 2008, pg. 36).

3.2 INICIATIVA PROBATÓRIA: IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS

Em seguida, num contexto em que se admite a superação do princípio inquisitivo, para se investigar as implicações processuais que a iniciativa probatória do juiz acarreta ao processo penal, é necessário, primeiramente, trazer à luz a concepção de processo que é adotado pela doutrina majoritária. Desse modo, primeiramente, evidenciar-se-á com maior clareza a contradição que, no plano teórico, a possibilidade de o juiz produzir prova de ofício traz consigo.

Nesse sentido, entre os séculos XVIII e XIX, era prevalente a noção romana de processo como contrato, que nada mais era que um reflexo da teoria do contrato social difundida na teoria política à época (GRINOVER *et al*, 2011, p. 303).

O fato é que

Essa doutrina tem mero significado histórico, pois parte do pressuposto, hoje falso, de que as partes se submetem voluntariamente ao processo e aos seus resultados, através de um negócio jurídico de direito privado (a litiscontestação). Na realidade, a sujeição das partes é o exato contraposto do poder estatal (jurisdição), que o juiz impõe inevitavelmente às pessoas independentemente da voluntária aceitação. (GRINOVER *et al*, 2011, p. 303)

Contudo, as teorias privatistas do processo perderam força no final do século XIX e ganhou espaço a teoria de direito público sistematizada - pode-se assim dizer - por Oskar von Bülow, que consagrou o processo como uma relação jurídica, teoria

essa que atualmente possui maior aceitação na doutrina (LOPES JUNIOR, 2012, p. 96).

A partir dela houve a efetiva separação entre direito e ação, de forma que o direito material não mais se confundia com o direito processual. Reconheceu-se a independência entre as relações jurídicas estabelecidas pelas leis materiais e as relações jurídicas estabelecidas pelas leis processuais (LOPES JR., 2012, p. 96-97).

Dessa forma,

Para BÜLOW, o processo é uma relação jurídica de natureza pública, que se estabelece entre as partes (MP e réu) e o juiz, dando origem a uma reciprocidade de direitos e obrigações processuais. Sua natureza pública decorre do fato de o vínculo se dar entre as partes e o órgão público da Administração da Justiça, numa atividade essencialmente pública. Nesse sentido, **o processo é uma relação jurídica de direito público, autônoma e independente da relação jurídica de direito material.** (LOPES JR., 2012, p. 98)

Essa noção de processo trouxe à tona a noção de parte processual, o que no Processo Penal se considera de grande relevância na medida em que o imputado deixou de ser tratado como mero objeto e passou a ser reconhecido como sujeito de direito (LOPES JUNIOR, 2012, p. 98).

Percebe-se, dessa forma, que a teoria da relação jurídica proposta por Bülow se baseia na estruturação de uma relação entre três sujeitos processuais, composta por um feixe de direitos e obrigações. Nesse sentido: “Essa relação jurídico-processual é triangular, como explica WACH (seguindo a BÜLOW), e dada sua natureza complexa se estabelece entre as partes e entre as partes e o juiz, dando origem a uma reciprocidade de direitos e obrigações” (LOPES JR., 2012, p. 99).

Deve-se notar que, nesse desenho triangular, o juiz, localizado no seu vértice superior, possui posição equidistante em relação às partes. Dessa forma,

[...] apenas por comodidade de linguagem será lícito dizer que o juiz é sujeito do processo, pois ele é, na realidade, mero agente de um dos sujeitos, que é o Estado. E esse sujeito não participa do jogo de interesses contrapostos, mas comanda toda a atividade processual, distinguindo-se das partes por ser necessariamente desinteressado (no sentido jurídico) e portanto imparcial. (GRINOVER *et al*, 2011, p. 311)

Por sua vez, as partes processuais encontram-se nos vértices da base triangular, de forma que, em se tratando de Processo Penal, “O acusado é parte integrante do processo, em igualdade de armas com a acusação (seja ela estatal ou não), e, como tal, possuidor de um conjunto de direitos subjetivos dotados de eficácia em relação ao juiz e à acusação” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 99).

Nessa perspectiva, no momento em que se nega o princípio acusatório e se assume a existência do princípio inquisitivo, cria-se uma contradição insuperável no plano teórico clássico compartilhado pela maioria da doutrina: ao mesmo tempo em que se sustenta que o processo apenas existe quando constituída uma relação processual triangular, admite-se a existência de processo sem que ela seja formada, composta apenas por uma relação linear entre juiz-inquisidor e réu.

Nesse sentido, sob a perspectiva histórica, Armbrorst (2008, p. 7) afirma que, no sistema inquisitorial,

A gravidade atribuída ao delito de heresia explica o motivo por que o julgador, frente a um fato típico, procedia e perquiria a prova de ofício, dando origem ao chamado processo por investigação, para cuja instauração bastava a existência de boatos de que “alguém disse ou fez alguma coisa contra a fé”. Com isso, desaparece o princípio ne procedat iudex ex officio, não mais subsistindo também ‘o frágil triângulo processual (actum trium personarum) formando-se uma relação linear entre Juiz e Réu, que passa a ser mero objeto de investigação’.

Dessa forma, é possível afirmar que admitir o caráter inquisitório e negar o acusatório do processo penal significa, em última análise, admitir a inexistência de partes, no conceito atual que se empresta ao termo (ARMBORST, 2008, p. 8) e, portanto, de processo na sua acepção clássica e largamente aceita na doutrina.

Além disso, observa-se que a presença do juiz-inquisidor não gera efeitos apenas na esfera teórica da relação processual; mas também, considerando a legislação vigente, na sua esfera prática, referente à admissibilidade das provas produzidas por ele de ofício nos autos de um processo.

Nesse ponto, é importante a diferenciação que a lei e a doutrina fazem entre prova ilícita e prova ilegítima, espécies do gênero de prova ilegal. Será prova ilegítima aquela que inobserva regras processuais, como por exemplo, a que for feita juntada após o exaurimento do prazo processual. De outro lado, será prova ilícita aquela que vai de encontro às normas da Constituição, quando de sua coleta, seja anterior ou simultaneamente ao processo (LOPES JUNIOR, 2012, p. 593).

Assim, enquanto a prova de (i)legitimidade está ligada às regras procedimentais, a (i)licitude está conectada a direitos materiais externos ao processo, que se reconhecem ao indivíduo independentemente da existência da formação da relação processual (LOPES JUNIOR, 2012, p. 593).

Segundo Lopes Jr (2012, p. 594) essa diferenciação

É ainda mais relevante se considerarmos que as provas ilícitas (inadmissíveis no processo, portanto) não são passíveis de repetição, pois o

vício vincula-se ao momento em que foi obtida (exterior ao processo). Assim, não havendo possibilidade de repetição, devem as provas ilícitas ser desentranhadas dos autos e destruídas.

Noutra dimensão, as prova ilegítimas, em que o vício se dá na dimensão processual (de ingresso ou produção), há a possibilidade de repetição do ato. Nesse caso, o que foi feito com defeito pode ser refeito e, portanto, validado pela repetição.

Dessa forma, considerando os princípios elencados pela Constituição (dignidade da pessoa humana, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, inércia da jurisdição, oficialidade, *in dubio pro reo*, juiz natural e livre convencimento motivado) e constatado que a Constituição Federal elegeu o princípio acusatório como princípio unificador do processo penal - em que pese sua omissão - (ARMBORST, 2008, p. 28), é lógico concluir que a prova realizada de ofício pelo juiz vai de encontro à disposição constitucional e é, portanto, ilícita (art. 157, do Código de Processo Penal), da mesma forma que devem ser consideradas as decorrentes dela (art. 157, §1º, do Código de Processo Penal), devendo ser todas desentranhadas dos autos (art. 157, do Código de Processo Penal).

Interessante notar que, nesse cenário, diante da ilicitude das provas produzidas pelo juiz de ofício, abre-se margem a quatro teorias desenvolvidas a respeito da (in)admissibilidade da prova no processo penal, quais sejam: admissibilidade processual da prova ilícita, inadmissibilidade absoluta, admissibilidade da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade e a admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade *pro reo* (LOPES JR., 2012, ps. 594-598).

Para a primeira corrente, que praticamente não possui mais seguidores, “o responsável pela prova ilícita poderia utilizá-lo no processo, respondendo em outro processo pela eventual violação da norma de direito material (que poderia constituir um delito ou mesmo um ilícito civil)” (LOPES JR., 2012, p. 594).

Quanto à segunda:

Defendem essa posição os que fazem uma leitura literal do art. 5º, LVI, da Constituição, onde está previsto que ‘são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’.

Tal teoria encontra eco, principalmente, nos casos em que na obtenção da prova (ilícita) são violados direitos constitucionalmente assegurados. Partem ainda, da premissa de que a vedação constitucional não admitiria exceção ou relativismo. É uma corrente que possui vários seguidores e que encontra algum abrigo na jurisprudência (inclusive STF) (LOPES JR., 2012, p. 595).

Para a terceira corrente, seria possível a admissibilidade de prova ilícita em casos restritos, quando presente o interesse público. Nesse sentido:

Para os seguidores dessa corrente, a prova ilícita, em certos casos, tendo em vista a relevância do interesse público a ser preservado e protegido, poderia ser admitida. Abranda a proibição para admitir a prova ilícita, em casos excepcionais e graves, quando a obtenção e a admissão forem consideradas a única forma possível e razoável para proteger a outros valores (LOPES JR., 2012, p. 595-596).

Contudo, alerta-se para o perigo dessa teoria, uma vez que o conceito de proporcionalidade é facilmente manipulável, capaz, inclusive, de atender interesses punitivistas que correm na contramão dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, dentro de uma lógica superficial de interesse público *versus* interesse privado (LOPES JR., 2012, p. 596).

Por último, a teoria da proporcionalidade *pro reo*, consiste em que “A prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. [...] a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova” (LOPES JR., 2012, p. 597). Nesse quadro, admite-se que o réu, na obtenção da prova ilícita, estaria protegido pela excludente da legítima defesa (LOPES JR., 2012, p. 597), o que, sem dúvidas, poderia se estender ao juiz que produz a prova de ofício, ante a possibilidade de reconhecer legítima defesa de terceiro (art. 25, do Código Penal).

Segundo Lopes Júnior (2012, p.599)

Com certeza, diante das demais teorias expostas, [a proporcionalidade *pro reo*] é a mais adequada ao processo penal e ao conteúdo de sua instrumentalidade, na medida em que o processo penal é um instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e das garantias fundamentais previstos na Constituição.

Dessa forma, diante da contraposição entre a Constituição Federal e o Código de Processo Penal e do aporte teórico a respeito da teoria da ilicitude da prova, de acordo com as teorias expostas, seria possível sustentar que a prova produzida pelo juiz – meio ilícito de obtenção de prova –, em regra, deve ser declarada ilícita e desentrenhada do processo, salvo se constatado que corre em benefício do réu.

Em suma, diante de todo esse quadro e a partir de uma análise Constitucional, é possível com maior clareza identificar que, no campo teórico, a iniciativa probatória do juiz culmina na formação de uma relação processual linear e na negação de existência de partes processuais (ARMBORST, 2008, p. 7) e, no campo prático, a ilicitude da prova produzida (art. 157, do Código de Processo Penal).

3.3 AS PROJEÇÕES DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Como se pôde observar, a contraposição entre as disposições da Constituição Federal e o atual Código de Processo Penal representa, de um lado, a opção por um sistema acusatório, de partes e por um comprometimento com a construção de uma democracia substancial; e do outro, a opção pela concepção de jurisdição-poder, a retomada da figura histórica do juiz-inquisidor e as contradições normativas e processuais inerentes à iniciativa probatória do juiz.

Segundo Luz (2011, p. 49),

A opção política por um sistema processual penal acusatório foi feita pela própria Constituição da República de 1988. Contudo, passados mais de vinte anos de sua promulgação, o Brasil ainda encontra dificuldades (e resistências) para sua efetiva implementação, tendo em vista a longa sobrevida dada ao Código de Processo Penal instituído pelo Decreto-Lei nº 3.689 de 1941, de viés autoritário e inquisitório, inspirado no código processual italiano do regime fascista.

A permanência de um código processual autoritário, utilitarista e anti-garantidor dos direitos fundamentais assegurados na Constituição, foi sustentada, dentre outros fatores, por uma forte tradição em privilegiar a legislação ordinária em face da Constituição.

Tal escolha em relação ao modo e ao critério de aplicação do direito processual penal é uma *questão de democracia*. Os operadores e aplicadores do Direito precisam assumir suas responsabilidades éticas e políticas pela implementação da democracia (substancial) como o regime estatuído pela Constituição de modo vinculante e dirigente. [...] Por isso, o processo penal só encontra legitimidade na *instrumentalidade constitucional*, garantidora dos direitos fundamentais.

Dessa forma, buscando a concretização dos valores consagrados na Constituição de 1988, em 22 de abril de 2009, foi apresentado o anteprojeto do Novo Código de Processo Penal ao Senado Federal que, transformado no Projeto de Lei do Senado n. 156, emendada em diversas partes de seu texto e com o texto aprovado pelo Senado Federal, foi remetido à Câmara dos Deputados para revisão (LUZ, 2011, p. 49; PINTO; SILVA, 2013, ps. 112-113).

Pode-se notar que esse projeto foi elaborado justamente com a intenção de superar as disposições autoritárias e inquisitoriais do Código de Processo Penal vigente. Prova disso é o fato de que na própria Exposição de Motivos se reconhece a incompatibilidade entre a legislação ordinária e a Constituição Federal e a necessidade de um Novo Código de Processo Penal, agora em conformidade com as garantias constitucionais. Dessa maneira:

Se em ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção penal. [...]

A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei n. 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. (BRASIL, 2009, p. 13)

Nesse cenário, a Exposição de Motivos do anteprojeto do PLS n. 156/2009 aponta o garantismo jurídico como caminho paradigmático a ser tomado para a proteção de um núcleo mínimo de garantias constitucionais e firma, de uma vez, um compromisso com a visão de instrumentalidade do processo penal como forma de observância dos direitos fundamentais e com a noção de supremacia da Constituição. Assim:

Nesse passo, cumpre esclarecer que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais. É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável *para* o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O *garantismo*, quando consequente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado. De modo geral, o processo judicial pretende viabilizar a aplicação de uma norma de Direito, necessária à solução de um conflito ou de uma forma qualquer de divergência entre os jurisdicionados. Precisamente por isso, a decisão judicial há de se fundar em *conhecimento* – o mais amplo possível – de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade. (BRASIL, 2009, os. 13-14)

Nesse contexto, a Comissão que elaborou o projeto, atenta aos princípios constitucionais do devido processo legal, da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, entre outros – conforme já explicitados -, expressou legalmente, enfim, a opção constitucional por um sistema essencialmente acusatório (COUTINHO, 2009, p. 112).

Assim, o Projeto do Novo Código de Processo Penal faz sentir essa sua opção no momento em que afirma no seu art. 4º que: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 2009, p. 27). Há, então, nítida modificação no critério de gestão da prova: do juiz, volta-se essencialmente às partes.

Segundo Coutinho (2009, p. 112):

Falou mais forte, no caso concreto, a exigência – que a Comissão se impôs – de elaborar um anteprojeto que estivesse em plena compatibilidade com a Constituição da República, motivo pelo qual, daqui por diante, será difícil sair de tal via, em consonância com os ditamos regentes da vida atual. Eis, então, por que a opção foi pelo texto do art. 4º precitado. *Nele*, resta patente que a gestão da prova escapa do comando direto do juiz e, assim, passa ele a ter, em sua plenitude (ou quase), a função que a Constituição lhe reserva: garante de ordem constitucional e, por isso, do cidadão. Procura-se acabar, deste modo e de vez, com a *sobreposição de funções* entre o órgão jurisdicional e aquele acusador.

Sob essa nova vertente paradigmática do processo penal, primeiramente na fase pré-processual, ganha destaque o alargamento do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial e a instituição da figura do juiz das garantias.

Quanto ao primeiro aspecto, o PLS n. 156 traz consigo dispositivos que permitem concluir uma maior dialeticidade na fase policial, elevando o investigado também nessa fase ao *status* de sujeito de direito. O que é determinante para que se consiga um maior alheamento do juiz em relação aos elementos colhidos ao longo da fase policial. Segundo Pinto e Silva (2013, p.120):

[...] é possível apontar artigos previstos no projeto do CPP, que induzem a conclusão de que há uma manifestação do princípio da ampla defesa e do contraditório na fase do inquérito policial. Por conta disso, nesse ponto, é importante o abordar alguns dispositivos que caminham nessa direção. O art. 3º do Projeto de Lei nº 156/09 tem a seguinte redação: 'Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais'. Nesse artigo, há um indicativo de que existe a possibilidade de ampla defesa e do contraditório na fase do inquérito policial. A afirmação de 'efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais' apresenta uma face do princípio do contraditório no inquérito policial, visto que, ao mencionar 'todas as fases procedimentais', leva a crer que isso engloba o inquérito policial, que, mesmo não sendo considerado processo, indubitavelmente é uma fase procedimental de um processo penal futuro.

Também nessa linha se encontra o art. 12, do Projeto do Código de Processo Penal¹⁵, que possibilita o investigado ser ouvido antes que seja finalizada a investigação. E isso é importante na medida em que a oitiva do investigado pode dar ensejo a novas diligências do delegado de polícia (PINTO; SILVA, 2013, p. 121).

¹⁵ Art. 12. É direito do investigado ser ouvido pela autoridade competente antes que a investigação criminal seja concluída.
Parágrafo único. A autoridade tomará as medidas necessárias para que seja facultado ao investigado o exercício do direito previsto no *caput* deste artigo, salvo impossibilidade devidamente justificada.

Da mesma forma, em consonância com o princípio acusatório e seu critério de gestão de provas nas mãos das partes, encontra-se o art. 13, do PLS n. 156¹⁶, que permite o indiciado, mediante advogado, identificar as fontes de prova e, inclusive, tomar a iniciativa de colhê-las (PINTO; SILVA, 2013, p. 121).

Contudo, para além disso, o grande passo do PLS n. 156 está na instituição da figura do juiz das garantias, enunciado em seu art. 14¹⁷. Segundo a Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal:

O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de

¹⁶ Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

¹⁷ Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;

II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;

III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;

IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;

V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;

VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;

VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;

VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º;

XIV – arquivar o inquérito policial;

XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37;

XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. (BRASIL, 2009, p. 16)

Dessa forma, o juiz das garantias nada mais é do que um novo ator, responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela proteção dos direitos individuais do investigado (PINTO; SILVA, 2013, ps. 122-123). “Atua senão para controlar eventual invasão indevida na esfera dos direitos e garantias individuais” (COUTINHO, 2009, p. 114), sendo, portanto, figura diversa à do juiz que instrui o processo, agora distante das provas colhidas na fase policial.

Assim, conforme a Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal:

O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo penal; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão do mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação. (BRASIL, 2009, p.16)

Nesse cenário, existe um duplo efeito: ao juiz das garantias que funcionará na fase policial não lhe competirá “sair à cata da prova que, em tal momento, não lhe interessa eis que buscada para propiciar ao Ministério Público exercer a ação penal e obter, se for o caso, a tutela jurisdicional para o processamento do caso penal” (COUTINHO, 2009, p. 114); da mesma forma que ao juiz que instruirá o processo não mais será permitido a realização de prova de ofício na fase policial, havendo completo alheamento dele aos elementos colhidos nessa fase.

Percebe-se, além dos avanços na fase preliminar, que o princípio acusatório também ganha ramos na fase processual. O PLS n. 156/2009 vem à tona justamente com o objetivo de colocar cada sujeito processual no seu devido lugar: as partes como senhoras da prova e o juiz como garante. Será este sujeito processual, portanto, o responsável em garantir a observância dos direitos constitucionais assegurados às partes e o princípios constitucionais do regular trâmite do processo (COUTINHO, 2009, p. 114).

Conforme Coutinho (2009, p. 114):

Na fase processual da persecução, por seu turno, o juiz do processo (e não mais aquele Juiz das Garantias) terá uma participação decisiva, mas não em matéria probatória. À acusação cabe provar os fatos imputados (como deve ser, de fato), sem a intervenção direta do magistrado, a não ser para sanar dúvida pontual em algumas hipóteses, por exemplo, complementando com perguntas as inquirições das testemunhas. Daí o veto à iniciativa do

juiz no sentido da ‘substituição da atuação probatória do órgão da acusação.

A guinada paradigmática no processo, ao que parece, começa pelo art. 162, do Projeto do Novo Código de Processo Penal que estabelece que “As provas serão propostas pelas partes”, atribuindo a elas, desde já, um protagonismo no tocante à iniciativa probatória. A gestão das provas, definitivamente, pertence às partes.

Não bastasse isso, é de se notar que, em grande parte, a possibilidade de o juiz produzir prova de ofício tornou-se algo incomum no PLS 156, ao contrário do que se sucede, como se viu, no atual Código de Processo Penal. Esse quadro é evidenciado em grande parte pelos arts. 201¹⁸ (em relação à perícia, não há previsão que o juiz possa requerê-la de ofício), 222¹⁹ (prova documental), 229²⁰ (acesso a informações sigilosas) e 245 a 248²¹ (pedido de interceptação telefônica), todos do PLS 156/2009 (BRASIL, 2009, ps. 59-64).

¹⁸ Art. 196. As perícias serão realizadas por perito oficial, portador de diploma de curso superior.[...] § 3º Será facultada ao Ministério Público, ao assistente de acusação, à vítima, ao querelante, ao indiciado e ao acusado a formulação de quesitos no prazo de 5 (cinco) dias, contados da nomeação do perito.

¹⁹ Art. 222. As partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo, ouvida a parte contrária, em 5 (cinco) dias, observado o disposto no art. 392.

²⁰ Art. 241. O acesso a informações sigilosas, para utilização como prova no processo penal, dependerá de ordem judicial, devendo ser o pedido formulado pelo delegado de polícia ou pelo Ministério Público, na fase de investigação, ou por qualquer das partes, no curso do processo judicial, indicando:

- I – a existência de indícios razoáveis da prática de infração penal que admita a providência;
- II – a necessidade da medida, diante da impossibilidade de obtenção da prova por outros meios;
- III – a pertinência e a relevância das informações pretendidas para o esclarecimento dos fatos

²¹ Art. 245. Esta Seção disciplina a interceptação, por ordem judicial, de comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Art. 246. O sigilo das comunicações telefônicas compreende o conteúdo de conversas, sons, dados e quaisquer outras informações transmitidas ou recebidas no curso das ligações telefônicas.

§ 1º Considera-se interceptação das comunicações telefônicas a escuta, gravação, transcrição, decodificação ou qualquer outro procedimento que permita a obtenção das informações e dados de que trata o caput deste artigo.

§ 2º Quanto aos registros de dados estáticos referentes à origem, destino, data e duração das ligações telefônicas, igualmente protegidos por sigilo constitucional, observar-se-ão as disposições da Seção II do Capítulo III do Título VIII deste Livro.

§ 3º As disposições desta Seção também se aplicam à interceptação:

- I – do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática;
- II – de outras formas de comunicação por transmissão de dados, sinais, sons ou imagens.

Art. 247. A interceptação de comunicações telefônicas não será admitida na investigação criminal ou instrução processual de crimes de menor potencial ofensivo, assim definidos no art. 288, salvo quando a conduta delituosa for realizada exclusivamente por meio dessa modalidade de comunicação.

Art. 248. Em nenhuma hipótese poderão ser utilizadas para fins de investigação ou instrução processual as informações resultantes de conversas telefônicas entre o investigado ou acusado e seu defensor, quando este estiver no exercício da atividade profissional.

Observa-se que, desse modo, o fim último do Projeto de Novo Código de Processo Penal é lapidar o protagonismo das partes no que se refere à produção de prova. Segundo Busato (2010, p. 138):

Uma das características básicas de um modelo predominantemente acusatório, do ponto de vista e dos sujeitos processuais, é a preservação da figura do juiz como destinatário da produção de probatória processual, em uma posição distanciada e de equilíbrio, que permite ditas a justiça. Como efeito, um sistema assim coloca as partes como antagonistas e senhoras da produção probatória, com iniciativa e impulsão do procedimento para o fim da demonstração de suas teses. Esta postura fica evidente no projeto de reforma do Código de Processo Penal, já em sua exposição de motivos, quando, no item II, refere: 'seja do ponto de vista da preservação do distanciamento do julgador, seja da perspectiva da consolidação institucional do *Parquet*, não há razão alguma para permitir qualquer atuação substitutiva do órgão da acusação pelo juiz do processo.

Com essas mudanças, no plano normativo, o Projeto do Novo Código de Processo Penal se revela como uma legislação em maior conformidade com a Constituição de 1988. E, no plano processual teórico, supera a contradição da doutrina oferecendo o real sentido que as partes possuem no entendimento clássico do triângulo processual.

Por último, interessante notar que referente à implicação processual prática da prova produzida de ofício pelo juiz – ou seja, sua (i)licitude -, o PLS n. 156/2009 quedou-se inerte. Deixa-se em aberto, portanto, o debate entre as teorias da ilicitude da prova, conforme alhures explicitado.

Apesar disso, segundo Coutinho (2009, p.114):

Dúvida maior, porém, veio com a intervenção dele [do juiz] quanto à produção da prova de defesa. Parte da Comissão entendeu que isso não se deveria passar, dentre outros motivos pelo fato de que, ao final, se houver dúvida, deve o réu ser absolvido, em face do *in dubio pro reo*. Ademais, à intervenção probatória do magistrado não se tem, pela lei, qualquer mecanismo de garantia que não atuará ele contra o réu; e sim a seu favor. Mais que jurídica, portanto, a questão se demonstrará ética [...]

A par de tudo o que foi demonstrado, contudo, não se pode negar a crítica que já recai sobre a posição do PLS n.156/2009 de não optar por um juiz totalmente inerte, o que se vislumbra, por exemplo, com a possibilidade de o juiz dirimir dúvida em relação à prova produzida no processo (art. 165, parágrafo único do PLS 156/2009²²) ou complementar a inquirição de testemunhas sobre os pontos não

²² Art. 165. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.

esclarecidos (art. 179, §1º, do PLS 156/2009²³). Ocorre que essa possibilidade, agora, vem vinculada à observância do princípio acusatório e os demais princípios que orbitam seu núcleo, conforme se pode retirar da leitura conjunta dos arts. 1º ao 5º do PLS n.156/2009²⁴. Ou seja, há um parâmetro expreso para que se estabeleça o campo da dúvida: um limite constitucional (LUZ, 2011, p.57).

Além disso, é possível observar que “esclarecer dúvida sobre a prova produzida” e elucidar “pontos não esclarecidos”, diferentemente de “realizar diligências para dirimir dúvida”, como se apresenta no art. 156, II, do atual Código de Processo Penal, demonstra a função tangencial que o juiz deve ter sobre as provas, agora sempre produzidas pelas partes.

Segundo Busato (2010, p. 138-139):

Claro que o projeto preserva ainda e assim refere, alguma participação do juiz na construção do processo, com isto demonstrando ainda não ter assumido completamente o perfil acusatório, já que afirma que ‘não se optou pelo juiz inerte’ [...].

Ora, mesmo que se reconheça como ideal que o sujeito juiz permaneça afastado de modo absoluto da interferência no processo, não ser o juiz inerte, neste caso, destina-se tão somente a colocar o juiz na condição de garantidor do regular exercício da prestação jurisdicional e não da produção de qualquer classe de resultado. Menos ainda de um resultado ‘pretendidamente’ verdadeiro, o mito que há muito foi soterrado no âmbito das pretensões da realização do processo.

Ademais, rebatendo a abertura que se poderia haver com inquirição das testemunhas acerca de pontos não esclarecidos, Busato (2010, p. 139-140) afirma que:

²³ Art. 179. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

§ 1º Logo após, o juiz poderá complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos.

§ 2º Se das respostas dadas ao juiz resultarem novos fatos ou circunstâncias, às partes será facultado fazer reperguntas, limitadas àquelas matérias.

²⁴ Art. 1º O processo penal reger-se-á, em todo o território nacional, por este Código, bem como pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil.

Art. 2º As garantias processuais previstas neste Código serão observadas em relação a todas as formas de intervenção penal, incluindo as medidas de segurança, com estrita obediência ao devido processo legal constitucional.

Art. 3º Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais.

Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Art. 5º A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a dignidade da pessoa humana e a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal.

A mesma fórmula é repetida no projeto de reforma em seu art. 175 [art. 179], com a inserção de um parágrafo 2º no qual se esclarece que, se das respostas dadas aos esclarecimentos complementares formulados pelo juiz, surgirem novos fatos ou circunstâncias, o juiz abrirá nova possibilidade às partes de formularem perguntas. E isso deixa claro a quem pertence a formulação probatória, ou seja, justamente àqueles que se dirigem diretamente à testemunha [as partes]. O juiz é colocado em uma condição de distância relativa da prova testemunhal como forma de garantir sua isenção para julgar.

Dessa forma, ainda que sejam admitidas intervenções do juiz de forma pontual na produção de provas, o Novo Código de Processo Penal possui uma projeção clara: a de um juiz *garante* e alheio à iniciativa probatória, que não deve perder de vista sua responsabilidade para com os direitos fundamentais e garantias das partes (COUTINHO, 2009, p. 114). Em razão disso, apesar da inexistência de um sistema acusatório puro ideal no PLS 156/2009, cria-se um sistema processual que encontra nele a sua essência.

Conforme Coutinho (2009, p. 112):

A Comissão que elaborou o anteprojeto de lei de reforma global do CPP, agora convertido no Projeto nº 156/09 – PLS, ao meditar sobre a questão – e como não poderia deixar de ser diante das regras constitucionais – optou pela adoção da base do *Sistema Acusatório* e, assim, estabeleceu-se um câmbio epistemológico sem precedentes no país: se aprovado o precitado projeto se terá um *Sistema Misto* e, deste modo, à base do *Sistema Acusatório*. Mas o *sistema regência* será o acusatório; e isso abre novas e melhores perspectivas para a *democracia processual*.

Assim, é indiscutível que o PLS n. 156/2009 avança no sentido de conformar a legislação processual penal aos anseios de uma democracia substancial, voltada aos valores constitucionalmente garantidos, baseado num sistema essencialmente acusatório.

Contudo, diante desse novo quadro que se desenha, deve-se destacar que a mudança que se propõe ao sistema processual penal brasileiro não dependerá apenas da mudança legislativa, de sua roupagem. Será preciso muito mais que isso. Será necessário, primeiro, que o juiz assuma uma posição corajosa o suficiente para que supere a mentalidade inquisitória que há muito se encontra arraigada na cultura jurídica nacional; e segundo que, de uma vez por todas, as partes passem de coadjuvantes a protagonistas no cenário do processo e exerçam, assim, o papel de gestoras da prova no roteiro da instrução criminal. Apenas nesse ambiente democrático, então, é que se deverá entender ser legítima uma intervenção penal.

CONCLUSÃO

A Idade Média foi palco dos modelos de sistemas penais chamados “puros”: o inquisitório, arquitetado pela Igreja Católica e o acusatório, estruturado pelo reinado de Henrique II na Inglaterra.

Apesar de atualmente se descartar a existência de sistemas “puros”, historicamente, foram nos países onde a democracia prevaleceu em maior grau que o sistema processual penal acusatório ganhou espaço, ao contrário do sistema inquisitório, que notadamente prevaleceu nos regimes autoritários da Europa e da América Latina. Dessa forma, pode-se perceber que, realmente, o processo penal figura como o termômetro de um Estado: é a medida real do quão pode (ou não) ser considerado democrático.

Analisando-se a legislação ordinária atualmente vigente, é flagrante a feição predominantemente inquisitorial que a caracteriza. Seus dispositivos expressamente relegam ao juiz o papel de protagonista do processo. É ele o senhor das provas. É a ele quem se atribui o poder de escolher o caminho a ser tomado na reconstrução dos fatos pretéritos. E o resultado: o processo apenas confirma uma decisão pré-concebida, ainda que mascarada por um aparente “contraditório” e uma “participação das partes”.

A partir de uma análise isolada da legislação infraconstitucional, a doutrina e a jurisprudência entendem, majoritariamente, que a iniciativa probatória do juiz, seja complementar ou não, não atinge o sistema teoricamente acusatório. Fala-se, inclusive, de forma rasa, em sistema “misto”, como subterfúgio para a manutenção da essência inquisitorial do sistema processual vigente. Para muitos, a equidistância do magistrado depende apenas da separação das funções de acusar e julgar. Não intuem que, sendo o objeto do processo penal a reconstrução de fatos pretéritos, é a gestão da prova que determina a essência inquisitorial ou acusatória de um sistema.

Essa burla ao sistema acusatório – sufragada pela legislação ordinária, pela jurisprudência e pela doutrina -, na realidade brasileira, possui motivos próprios. Presta para buscar a todo custo condenações em nome de uma hipotética proteção do “cidadão de bem” e para a satisfação do senso comum midiático. Isso significa, melhor dizendo, que a jurisdição torna-se mais um veículo de imposição de valores

eleitos importantes pela economia de mercado. Se antes eram os hereges, agora são, em grande parte, as classes economicamente menos favorecidas de quem se sonegam as garantias constitucionais processuais.

Para alcançar esse objetivo, inclusive, esquecem-se as consequências normativas e processuais que se há quando presentes contradições entre institutos processuais da legislação ordinária e garantias constitucionais. A invalidade da norma (inconstitucionalidade), a quebra do clássico triângulo processual “bullowiano” e a(s) teoria(s) da ilicitude da prova: tudo é abandonado quando a prova é produzida de ofício pelo juiz – em nome de uma pretensa “justiça” ou do aclamado “interesse público”.

Assim, diante desse quadro, como guinada paradigmática, é necessário que o processo penal, assim como os demais ramos do direito, encontre seu fundamento de validade substancial na Constituição Federal, elemento que confere unidade e coerência ao ordenamento jurídico. É a Carta Magna, ademais, que exige do processo penal o papel de instrumento das garantias por ela consagradas e oferece as linhas mestras de uma democracia substancial. Dessa forma, a análise de todo instituto processual deve ser feito sob as lentes dos princípios consagrados constitucionalmente, sejam eles implícitos ou explícitos.

Especificamente quanto ao processo penal, a Constituição de 1988 enuncia uma imensa gama principiológica que deve ser observada pelos operadores do direito, a saber, entre outros: dignidade da pessoa humana, juiz natural, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, livre convencimento do magistrado, inércia da jurisdição, presunção de inocência e a imparcialidade do julgador. Eles, em conjunto, revelam que a omissão do legislador constituinte não é óbice para que se reconheça que a Constituição elegeu um sistema processual penal acusatório, realmente de partes.

Dessa forma, todas as disposições da legislação ordinária, apesar de formalmente adequadas, devem perpassar por uma análise material: uma análise quanto à sua validade. Num Estado Constitucional de Direito já não mais é suficiente a vigência de uma norma, mas sua conformidade com o núcleo principiológico – irreduzível – da Constituição, construído por uma maioria qualificada.

Nesse quadro, diante da contradição entre a legislação infraconstitucional e a Constituição Federal, deve o juiz ter coragem o suficiente para lançar mão do

controle difuso de inconstitucionalidade e do reconhecimento da não recepção dos instrumentos legislativos que conferem ao juiz iniciativa probatória.

Em paralelo a essa situação, já se vislumbram perspectivas de mudança legislativa que, em grande parte, vem atender aos anseios da Constituição e superar as contradições que sustentam o sistema inquisitório atual. Apesar de não prever um juiz totalmente inerte, o Projeto de Lei do Senado 156/2009 altera de modo significativo os papéis dos sujeitos processuais na instrução criminal e declara expressamente a adoção do sistema acusatório.

No inquérito policial, o alargamento do contraditório e da ampla defesa e a instituição do juiz das garantias passam a propiciar o reconhecimento do indiciado como sujeito de direito e um alheamento do juiz do processo dos elementos probatórios colhidos ao longo da fase pré-processual.

Na fase processual, a produção de prova de ofício pelo juiz, que possui lugar comum no Código de Processo Penal vigente, passa a não ser mais admissível no PLS 156/2009. A possibilidade apenas de “esclarecer pontos” demonstra a função tangencial que o juiz deve ter sobre as provas produzidas durante o processo e o protagonismo relegado às partes, que devem passar a ser donas da última palavra sobre os fatos novos nele descobertos.

Sem dúvidas, não se prevê uma instituição de um sistema processual penal acusatório ideal, “puro”. Contudo, muda-se sua essência. Ao juiz é atribuído papel de garante, responsável por uma democrática reconstrução dos fatos. O núcleo fundante passa a ser o acusatório e a gestão das provas nas mãos das partes. Assim, busca-se efetivamente legitimar uma intervenção penal: a jurisdição como garantia e não como poder.

De qualquer modo, deve-se alertar que para alterar o sistema processual penal que hoje se apresenta, não bastará a edição de leis. O magistrado deve superar a mentalidade inquisitória há muito arraigada na cultura jurídica nacional. Deve colocar-se em seu devido lugar e deixar que as partes exerçam seu protagonismo durante a instrução criminal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMBROST, Aline Frare. **A Atuação Instrutória do Juiz no Processo Penal Brasileiro à Luz do Sistema Acusatório**. Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso orientado pelo Prof. Dr. Nereu José Giacomolli, apresentado à banca examinadora composta pelos professores Me. Mário Rocha Lopes Filho e Me. Marcelo Guazelli Peruchin em 11.11.2008. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/line_frare.pdf. Acessado em: 26.10.2014.

BRASIL. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Coordenado por Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília: Senado Federal, 2009.

____. **Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.689/41**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acessado em: 27.10.2014.

____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Brasília, DF: Senado Federal, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm. Acessado em: 27.10.2014.

____. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.689/41**. 9. Ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

____. **Projeto de Lei do Senado n. 156/2009**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645. Acessado em: 27.10.2014.

____. Superior Tribunal de Justiça. **habeas corpus 192.410/MS**, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma. 11 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>; acessado em: 18.08.2014.

____. Superior Tribunal de Justiça. **habeas corpus 289.479/RS**, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma. 25 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>; acessado em: 18.08.2014.

____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1570**. Rel. Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno. 12 de fevereiro de 2004a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>; acessado em: 20.08.2014.

____. Supremo Tribunal Federal. **habeas corpus 109713/RJ**, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma. 19 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>; acessado em: 20.08.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 357**. 16 a 20 de agosto de 2004b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo>
Acessado em: 18.08.2014.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BUSATO, Paulo César. **De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório**. Revista Sequência, n. 60, p. 133-161, jul. 2010.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional** [organização e revisão Isabela Borba]. São Paulo : Atlas, 2009.

CADERMATORI, Sérgio; XAVIER, Marcelo Coral. **Apontamentos Iniciais Acerca do Garantismo**. Revista de Estudos Criminais, ano 1, n. 1, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito**. Revista de Estudos Criminais, ano 1, n. 1, 2001.

_____, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro**. In: Separata ITEC, ano 1, n. 4, jan/fev/mar 2000.

_____, Jacinto Nelson de Miranda. **O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 11-13, jun. 2007.

_____, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 183, julho/set. 2009.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **Os Sistemas de Avaliação da Prova e o Processo Penal Brasileiro**. Revista dos Tribunais, v. 39, n. 0, 2003.

_____, Érica de Oliveira. **Processo Penal e Rito Democrático: A simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

KHALED JR., Salah Hassan. **O Problema da Prevalência do Poder na Jurisdição Penal: rumo ao estabelecimento de uma jurisdição penal como poder-dever e direito fundamental**. Revista Faculdade de Direito UFG, v. 34, n. 01, p. 64-87, 2010b.

_____, Salah Hassan. **O Sistema Processual Penal brasileiro**. Revista *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, ps. 293-308, 2010a.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O Martelo das Bruxas – Parte I**. Tradução de Alex H. S.. Brasil, [s.l.: s.n.], 2007. Título original: *Malleus Maleficarum*. Disponível em: <http://www2.unifap.br/marcospaulo/files/2013/05/malleus-maleficarum-portugues.pdf>. Acesado em: 27.10.2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. I. 2. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua conformidade Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUZ, Denise. **A Opção Constitucional por um Sistema Acusatório: algumas breves reflexões sobre o inquérito policial na reforma do Código de Processo Penal**. In: Congresso Internacional de Ciências Criminais, 2. Edição, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual.: inclui as Leis ns. 12.015/09, 12.033/09 e 12.037/09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINTO, Nalayne Mendonça. **Algumas considerações acerca do inquérito policial no Projeto de Lei do Senado Federal n. 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal**. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 111-132, abr. 2013.

PRADO, G. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **habeas corpus n. 2014.006582-7**, de São João Batista, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato. 11 de março de 2014. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br/>. Acessado em 14.08.2014.

SANTOS, Marco Antônio Cabral dos. **Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo**. Revista de História, Juiz de Fora, v. 13, n. 2, p. 31-48, Locus, 2007.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **O Brasil de Getúlio Vargas e a formação dos blocos, 1930-1942: o processo de envolvimento brasileiro na II Guerra Mundial.** São Paulo: Editora Nacional, 1985.

SOUZA, W. L. **Sistemas Processuais Penais.** Revista de Ciência Jurídica e Sociologia da Unipar, v. 8, n. 1, p. 113-129, jan./fev. 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa; **Manual de Processo Penal.** 15. ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo : Saraiva, 2012.